Rechtskultur 2

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte
European Journal of Legal History
Journal européen d'histoire du droit

Methode der Rechtsgeschichte und ihrer Nachbarwissenschaften beim Umgang mit rechtshistorischen Quellen
Which methods do legal history and related areas of study use with their sources?
Méthode de l'histoire du droit et des disciplines connexes quant au traitement des sources de l'histoire du droit

Stephan Wagner, Regensburg
Die rechtstatsächliche Aussagekraft rechtshistorischer Quellen am Beispiel der mittelalterlichen Rezeption des Senatus Consultum Velleianum S. 1

Saskia Lettmaier, Harvard
„Law and …": Wandlungen des Eherechts im Lichte sich wandelnder Subjektkulturen S. 11

Natali Stegmann, Regensburg
Zwischen europäischem Menschenrecht und tschechoslowakischer Verfassung: Welches Rechtsverständnis die Charta 77 motivierte und bei wem sie sich Gehör verschafft S. 23

Frederik Dhondt, Ghent
Looking Beyond the Tip of the Iceberg: Diplomatic Praxis and Legal Culture in the History of Public International Law S. 31

Josefa-Dolores Ruiz-Resa, Granada
Legal Science as a Source of Law (Notes on its Practical-Normative Dimension) S. 43

Miguel Àngel Morales Payán, Almería
Prozessformulare in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts: Richtlinien für das Vorgehen der Bürgermeister als Richter S. 51

Lukas Gschwend, Pascale Sutter, St. Gallen/Zürich
Die Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen und ihr Rechtsquellenbegriff S. 67

Markus Würdinger, Saarbrücken
Subjektive oder objektive Theorie? – Das historische Argument in der Rechtsdogmatik und Rechtspraxis S. 79

Dirk Heirbaut, Ghent
Rapport de synthèse: Some reflexions on the methodologies of legal history S. 89

Stefan Rinke, Berlin
Debatte/debate/débat: Governance und Unabhängigkeit in Lateinamerika: Legitimität in Räumen begrenzter Staatlichkeit S. 93

José Manuel Azcona Pastor
Debatte/debate/débat: Características fundamentales de la HISTORIOGRAFÌA y bibliografía sobre emigración española hacia iberoamérica en el siglo XIX: El caso vasconavarro S. 106

Peter Pichler, Graz
Was ist „europäische Rechtskultur"? Ein kulturhistorisch-diskursanalytisches Statement. S. 132

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Edition Rechtskultur

Die rechtstatsächliche Aussagekraft rechtshistorischer Quellen am Beispiel der mittelalterlichen Rezeption des Senatus Consultum Velleianum

Stephan Wagner, Regensburg

Inwieweit geben rechtshistorische Quellen Aufschluss über die Rechtswirklichkeit der betreffenden Epoche? Diese grundlegende Frage der Rechtsgeschichte wird anhand der Rezeption des Senatus Consultum Velleianum aus dem römischen Recht im mittelalterlichen Ius commune untersucht. Dabei zeigt sich, dass insbesondere die Möglichkeit, auf die Einrede aus diesem Rechtsinstitut zu verzichten, von den mittelalterlichen Juristen nicht nur in der Theorie abgehandelt wird, sondern dass sie maßgeblich auf der (notariellen) Praxis der Zeit beruht.

To what extent do legal sources provide information about the reality of legal life in the respective period? This fundamental question of legal history shall be illustrated by the reception of the Senatus Consultum Velleianum originating from Roman law in the medieval Ius commune. Thereby it appears, that in particular the possibility to renounce the defence deriving from this legal institute is not only discussed by medieval lawyers in theory, but bases heavily on the (notarial) practice of the time.

I. Einleitung

Eine der anspruchsvollsten Herausforderungen, denen sich der Rechtshistoriker zu stellen hat, ist die Frage, welche Schlussfolgerungen aus rechtshistorischen Quellen im Hinblick auf die Rechtswirklichkeit der entsprechenden Epoche getroffen werden können.[1] Spiegelt ein überlieferter Text nur die theoretische fachliche Diskussion eines juristischen Gegenstands wider oder gibt er auch Aufschluss über die Rechtswirklichkeit seiner Zeit und wenn ja, in welchem Ausmaß. Mit anderen Worten, wie verhält sich das erhaltene „law in the books" zum tatsächlichen „law in action"?

Ein juristischer Text der Gegenwart soll dieses Spannungsfeld illustrieren: Welche Schlüsse auf die Rechtswirklichkeit des ausgehenden 20. Jahrhunderts werden Forscher in fünfhundert Jahren aus den Principles of European Contract Law (PECL) zulässigerweise ziehen können?[2] Die Artikel der PECL selbst wurden als „Restatements", das heißt als Modellgesetzbuch des europäischen Vertragsrechts von einer Kommission europäischer Wissenschaftler erarbeitet und dabei mit erläuternden „Kommentaren" und rechtsvergleichenden „Anmerkungen" versehen.[3] In der gegenwärtigen Praxis werden aber vermutlich kaum Verträge auf Grundlage der PECL geschlossen, so dass auch keine Gerichtsentscheidungen hierzu ergehen. Die Artikel und Kommentare der PECL geben also das gegenwärtige Rechtsleben in Europa nicht unmittelbar wieder, sondern bauen auf ihm auf. Nur die rechtsvergleichenden Anmerkungen, in denen die Rechtslage in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen dargestellt wird, skizzieren die geltenden Gesetze, die Grundsatzentscheidungen der Rechtsprechung hierzu sowie die entsprechende Diskussion in der wissenschaftlichen Literatur. Wer sich also in fünfhundert Jahren anhand der PECL über die europäische Rechtswirklichkeit des späten 20. Jahrhunderts informieren will bzw. muss, weil er keine anderen Quellen zur Verfügung hat, wird sich somit in erster Linie an diesen Anmerkungen zu orientieren haben.

Auch das Regelungsmodell einer geltenden Kodifikation braucht nicht notwendigerweise die Rechtswirklichkeit widerzuspiegeln. So geht etwa das deutsche BGB nach wie vor von der Hypothek als gesetzlichem Grundtypus der Grundpfandrechte aus und regelt diese detailliert (§§ 1113-1190 BGB), während für die Grundschuld nur wenige, das Hypothekenrecht modifizierende Sondervorschriften vorgesehen sind (§§ 1191-1198 BGB): In der Praxis der Kreditsicherung hingegen überwiegt die (Sicherungs-) Grundschuld gegenüber der Hypothek deutlich.

Der Wortlaut einer Kodifikation kann sogar völlig toter Buchstabe bleiben, wie das Beispiel der Heimstätte in Art. 349-359 des schweizerischen ZGB von 1907 zeigt. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sollte das Gewerbe- bzw. Hausgrundstück einer Familie als sog. Heimstätte durch Verfügungsbeschränkungen geschützt werden können,[4] indem die Belastung mit neuen Grundpfandrechten, die Veräußerung, Vermietung und Verpachtung sowie die Zwangsvollstreckung ausgeschlossen wurden (Art. 354 ZGB). Obwohl die Kantone mehrheitlich von der in Art. 349 ZGB verankerten Befugnis Gebrauch gemacht und entsprechende Ausführungsvorschriften erlassen hatten,[5] wurde bis zur Aufhebung der

---

1 Pointiert Pio Caroni, Blicke über den Gartenzaun – Von der Beziehung der Rechtsgeschichte zu ihren historischen Nachbarwissenschaften, in: Die Einsamkeit des Rechtshistorikers – Notizen zu einem problematischen Lehrfach (2005), S. 73, 94 ff.

2 Ole Lando/Hugh Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Part I (1995); Ole Lando/Hugh Beale (eds.), Principles of European Contract Law, Parts I and II (2000); Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (eds.), Principles of European Contract Law, Part III (2003). – Deutsche Ausgabe: Christian von Bar/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II (2002); Teil III (2005).

3 Reinhard Zimmermann, Art. „Principles of European Contract Law", Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. II (2009), S. 1177 ff.

4 Vgl. Eugen Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartments, Bd. I, 2. Aufl. (1914), S. 252, 279 f.; ders., System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Bd. IV (1893), S. 259 f. in Anm. 48. – Skeptisch allerdings schon die Stellungnahme von Leuenberger für den Kanton Bern vom 7. November 1896 unter Verweis auf einen praktischen Versuch im Kanton Luzern, in: Berner Kommentar/Hurni/Reber, Materialien zum ZGB, Bd. I (2009), S. 586, 588 f. = Berner Kommentar/Reber/Hurni, Materialien zum ZGB, Bd. II (2007), S. 895, 897 f.

5 Zürcher Kommentar/Egger, ZGB, Bd. II/2 (1943), Art. 349 Rn. 5;

Art. 349 ff. ZGB im Jahre 1998[6] in der gesamten Schweiz freilich nicht eine einzige Heimstätte errichtet.[7]

Neben diesen Beispielen für Rechtsinstitute, die von der Praxis nicht oder nicht so wie vom Gesetzgeber geplant angenommen werden, gibt es mitunter sogar Ge- bzw. Verbotsnormen, die durch bloße Missachtung der Rechtsunterworfenen zu Fall gebracht werden. Die etwa von Kaiser Joseph II. mit Verordnung vom Spätsommer 1784 vorgeschriebene Bestattung in Leinensäcken statt in Särgen,[8] wurde angesichts des Widerstands in der Bevölkerung bereits Anfang des nächsten Jahres wieder zurückgenommen.[9] Somit kann also selbst im aufgeklärten Absolutimus nicht einfach von der Existenz einer Norm auf deren konsequente Einhaltung bzw. Durchsetzung geschlossen werden.

Im Folgenden soll das Problem der rechtstatsächlichen Aussagekraft juristischer Quellen anhand der Rezeption des Senatus Consultum Velleianum (SC Velleianum) aus dem römischen Recht[10] im mittelalterlichen Ius commune untersucht werden.[11]

Das SC Velleianum,[12] ein Beschluss des römischen Senats aus der Mitte des ersten Jahrhunderts nach Christus,[13] untersagt Frauen, im Interesse Dritter Verbindlichkeiten einzugehen (pro aliis reas fieri).[14] Das verbotene Eintreten für Dritte (intercedere) kann dabei unter anderem in einer Bürgschaft, einer Schuldübernahme oder einer Pfandbestellung der Frau bestehen oder aber darin, dass sie anstelle des Dritten von vornherein selbst das Darlehen aufnimmt und die Valuta an ihn auskehrt.[15] Als Rechtsfolge einer verbotswidrigen Interzession wird der Frau grundsätzlich eine peremptorische Einrede gegen den Gläubiger gewährt (exceptio SC Velleiani),[16] der wiederum mit der sog. actio restitutoria bzw. der sog. actio institutoria gegen den Dritten vorgehen kann.[17]

Welchen Zweck der Senat mit dem Erlass des SC Velleianum verfolgte, ist umstritten. Nach der wohl herrschenden Meinung standen für den historischen Gesetzgeber der Schutz der Frau und ihres Vermögens im Mittelpunkt.[18] Die Gegenansicht indessen unterstellt dem Senat reaktionäre Motive und sieht das SC Velleianum ausschließlich als legislative Maßnahme, um Frauen vom Geschäftsleben und dem öffentlichen Leben überhaupt fernzuhalten.[19]

Basler Kommentar/Grüninger, ZGB, Bd. I, 4. Aufl. (2010), Art. 349-359 Rn. 4 f.

6 Die Art. 349-358 ZGB wurden durch Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 aufgehoben, AS 1999 S. 1118, 1141; knapp zehn Jahre zuvor war bereits Art. 349 ZGB im Rahmen einer Föderalismusreform durch Bundesgesetz vom 15. Dezember 1989 aufgehoben worden, AS 1991 S. 362, 363.

7 Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, ZGB, 12. Aufl. (2002), S. 474; Basler Kommentar/Grüninger, ZGB, Bd. I, 4. Aufl. (2010), Art. 349-359 Rn. 1.

8 Hofdekret vom 23. August und 13. September 1784, unter Nr. 4 ff., Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer Sistematischen Verbindung, Bd. 6 (1786), S. 565, 566 f. = Harm Klueting (Hrsg.), Der Josephinismus – Ausgewählte Quellen zur Geschichte der theresianisch-josephinischen Reformen (1995), Nr. 155, S. 351, 352.

9 Hofdekret vom 20. Januar 1785, Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer Sistematischen Verbindung, Bd. 8 (1787), S. 675. Vgl. hierzu Johannes Wimmer, Gesundheit, Krankheit und Tod im Zeitalter der Aufklärung – Fallstudien aus den habsburgischen Erbländern (1991), S. 176 ff., 183 f.; Derek Beales, Joseph II, Vol. II: Against the World 1780-1790 (2009), S. 324 ff.

10 Zum SC Velleianum im römischen Recht Heinrich Vogt, Studien zum Senatus Consultum Velleianum (1952); Dieter Medicus, Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum (1957); Max Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Aufl., Bd. I (1971), § 156, S. 667; Bd. II (1975), § 279, S. 461 f.; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition (1996), S. 145 ff.; Ulrike Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften – Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatsbeschluß (1999); Max Kaser/Rolf Knütel, Römisches Privatrecht, 19. Aufl. (2008), § 57 Rn. 27 ff.

11 Zur Rezeption des SC Velleianum im Gemeinen Recht Wilhelm Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Bd. I (1850), S. 258 ff.; Bd. II (1851), S. 335 ff.; Paul Gide, Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien, 2me éd. (1885); Johannes E. Spruit, Het Raets-besluit van Burgemeester Velleius, in: Huldigingsbundel Paul van Warmelo (1984), S. 194 ff.; Wolfgang Ernst, Interzession – Vom Verbot der Frauenzinterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutz des Verbrauchers als Interzedenten, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, hrsg. von Reinhard Zimmermann in Verbindung mit Rolf Knütel und Jens Peter Meincke (1999), S. 395, 397 f.; Nils Jansen, Seriositätskontrollen existentiell belastender Versprechen – Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, in: Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2007), S. 125, 128, 134 f., 156.

12 Die richtige Schreibweise lautet nach dem Antragsteller Vellaeus Tutor an sich „Vellaeanum", vgl. Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 1 Fn. 2; Kaser, Privatrecht, Bd. I (1971), § 156, S. 667 Fn. 2. Da die überlieferten Quellen in Dig. 16, 1 und Cod. 4, 29 aber überall „Velleianum" verwenden, wird im Folgenden ebenfalls die dortige, später rezipierte Schreibweise „Velleianum" gebraucht.

13 Zur Datierung Vogt, Studien zum SC Velleianum (1952), S. 4 f.; Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 14; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 36.

14 Zur Echtheit des in Dig. 16, 1, 2, 1 überlieferten Wortlauts Vogt, Studien zum SC Velleianum (1952), S. 2 ff.; Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 18 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 37 ff.

15 Zum sachlichen Anwendungsbereich Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 84 ff., 101 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 107 ff., 129 ff.

16 Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 29 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 43 ff.

17 Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 64 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 46 ff.

18 Joseph v. Edlinger, Die Voraussetzung des Senatusconsultum Velleianum (1929), S. 10 ff.; Wolfgang Kunkel, Römisches Privatrecht, 3. Aufl. (1949), S. 217; Hans Kreller, ZRG RA 72 (1955), 400, 402; ders., Das Verbot der Fraueninterzession von Augustus bis Justinian, in: Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse 93 (1956), S. 1, 6 f.; Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 23 ff., 139; Hans-Erich Kaden, ZRG RA 75 (1958), 422, 423 f.; Kaser, Privatrecht, Bd. I (1971), § 156, S. 667 Fn. 5; ders., Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht (1977), S. 30; Wolfgang Waldstein, Zur Stellung der Frau im Römischen Recht, in: Festschrift für Robert Muth (1983), S. 559, 562; Suzanne Dixon, Infirmitas sexus: Womanly Weakness in Roman Law, TRG 52 (1984), 343, 362 f.; J.A. Crook, Feminine Inadequacy and the Senatusconsultum Velleianum, in: The Family in Ancient Rome – New Perspectives, edited by Beryl Rawson (1986), S. 83, 90; Olivia F. Robinson, The Status of Women in Roman Private Law, (1987) Juridical Review 143, 156; Zimmermann, Law of Obligations (1996), S. 146 ff.; Berthold Kupisch, Die römische Frau im Geschäftsleben – Ein Anweisungsbeispiel: Ulpian/Julian/Marcellus D.16, 1, 8, 2, in: Festschrift für Bernhard Großfeld (1999), S. 659, 659 f. Fn. 3; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 143 ff.

19 Gide, Étude sur la condition privée de la femme (1885), S. 154:

Letztlich kommt es für die weitere Entwicklung auch weniger auf die Absichten des historischen Gesetzgebers bei Verabschiedung des Senatsbeschlusses an als vielmehr auf den Zweck, den die klassischen Juristen dann bei der konkreten Anwendung des SC Velleianum zugrunde legen.[20] Diese verharren nicht etwa bei einer starren und formalen Betrachtung der von ihnen zu beurteilenden Sachverhalte. Statt jede Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch eine Frau einfach dem Interzessionsverbot zu unterwerfen und ihr pauschal die entsprechende Einrede zuzubilligen, berücksichtigen sie vielmehr die konkreten Umstände und die Interessenlage des Einzelfalls. Das SC Velleianum wird also gerade nicht als Instrument begriffen, um den Kredit der Frau zu untergraben und sie gewissermaßen auf kaltem Wege von der Teilnahme am Wirtschaftsleben auszuschließen.[21] Nicht zuletzt die umfangreiche Kasuistik in Dig. 16, 1 und Cod. 4, 29 spricht dafür, dass das SC Velleianum rechtstatsächlich nicht zu einem Erliegen der Fraueninterzessionen geführt hat.[22] In seiner konkreten Anwendung wird das SC Velleianum somit im klassischen Recht als Schutzvorschrift gelebt.[23]

Die nachklassische Entwicklung wird vor allem durch die Gesetzgebung Justinians geprägt, die einerseits die anerkannten Ausnahmen vom SC Velleianum erweitert.[24] Eine wesentliche Verschärfung bringt andererseits Nov. 134, 8 (aus dem Jahre 556),[25] die in ihrer lateinischen Übersetzung als Authentica Si qua mulier für die Rezeption im Gemeinen Recht von maßgeblicher Bedeutung ist:[26]

„… si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro, aut scribat, et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, iubemus, nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, sed ita esse, ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt."[27]

Danach ist jedwede Interzession für den Ehemann schlichtweg verboten und absolut nichtig (nullatenus huiusmodi vale re aut tenere) und kann auch durch noch so viele Wiederholungen der Interzession nicht gültig gemacht werden (sive semel sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat). Eine Ausnahme von diesem Verbot wird einzig und allein zugelassen, wenn klar erwiesen ist (manifeste probetur), dass die erlangte Geldsumme zum eigenen Nutzen der Frau selbst (in propriam ipsius mulieris utilitatem)[28] verwendet worden ist.

Eines der wichtigsten und am meisten diskutierten Probleme der mittelalterlichen Rezeption des SC Velleianum ist die Frage, ob die Frau auf die ihr zugute kommenden Wirkungen des SC Velleianum bzw. der Authentica Si qua mulier verzichten kann.[29] Deshalb soll zunächst kurz dargestellt werden, ob und wie ein solcher Verzicht bereits im römischen Recht (II.) der Klassik (II.1) und Nachklassik (II. 2) möglich war. Anschließend wird die Entwicklung des Verzichts bei der mittelalterlichen Rezeption (III.) durch Glossatoren (III.1) und Kommentatoren (III.2) nachgezeichnet. Im Vordergrund steht dabei

„quels intérêts sociaux, quelles exigences politiques forçaient alors le législateur à restreindre la capacité des femmes pour réprimer leur influence. Tel est aussi l'objet unique du sénatus-consulte Velléien"; Otto Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (1887), S. 75; Fritz Schulz, Classical Roman Law (1951), S. 569: „an outspokenly reactionary enactment in conformity with the general attitude of the Senate which at that period was the center of reaction"; Vogt, Studien zum SC Velleianum (1952), S. 6 ff.; ders., Miscellanea ad Senatus Consultum Velleianum, TRG 35 (1967), 90, 101 ff.; Manfred Just, Die restriktive Interpretation des Normzwecks des SC. Vellaeanum seit der Hochklassik, in: Festschrift für Franz Laufke (1971), S. 33, 37, 40 f.; Spruit, Huldigingsbundel van Warmelo (1984), S. 194, 197: „oorspronkelijk de consequentie van een reactionnaire en anti-emancipatoire beweging"; Nikolaus Benke, Why Should the Law Protect Roman Women? Some Remarks on the Senatus Consultum Velleianum (ca. 50 A.D.), in: Gender and Religion – European Studies, edited by Kari Elisabeth Børresen, Sara Cabibbo, Edith Specht (2001), S. 41, 42 f., 46 f., 54 f.

20 Grundlegend hierzu Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 34 ff.

21 Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 79 ff.; Kaden, ZRG RA 75 (1958), 422, 424 f. Fn. 14; Just, Festschrift Laufke (1971), S. 33, 46; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 147 ff.

22 S. Dixon, TRG 52 (1984), 343, 366; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 151.

23 Kreller, ZRG RA 72 (1955), 400, 402; Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 134 ff., 139; Kaden, ZRG RA 75 (1958), 422, 425 f.; differenzierend Mario Talamanca, La storia del SC. Velleiano, Labeo 4 (1958), 99, 100 ff.; Just, Festschrift Laufke (1971), S. 33, 41 ff. allerdings einschränkend erst seit der Hochklassik; Zimmermann, Law of Obligations (1996), S. 148 ff.; Joëlle Beaucamp, Le statut de la femme à Byzanze (4e-7e siècle), Vol. I: Le droit impérial (1990), S. 68 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 152 f., 167.

24 Vor allem Cod. 4, 29, 22 und Cod. 4, 29, 23 pr.-1c (jeweils aus dem Jahre 530) sowie ferner Cod. 4, 29, 24 und Cod. 4, 29, 25 (aus dem Jahre 530 bzw. 531). Vgl. hierzu Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 66 ff.; Antonio Díaz Bautista, L'intercession des femmes dans la législation de Justinien, RIDA 30 (1983), 81 ff.; Beaucamp, Le statut de la femme à Byzanze, Vol. I (1990), S. 73 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 154 ff.

25 Alvaro d'Ors, Varia Romana, AHDE 18 (1947), 663, 674 ff.; Vogt, Studien zum SC Velleianum (1952), S. 23; Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 76 f.; Díaz Bautista, RIDA 30 (1983), 81, 92 ff.; Beaucamp, Le statut de la femme à Byzanze, Vol. I (1990), S. 76; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 164 f.

26 Sie wurde von den Glossatoren nach Cod. 4, 29, 22 eingefügt, vgl. Accursius, Glossa ordinaria, vorliegend verwendete Ausgabe: Augustae Taurinorum (1968/69), Vol. 10, S. 213 linke Sp., post Cod. 4, 29, 22; Azo, Lectura, vorliegend verwendete Ausgabe: Augustae Taurinorum (1966), ad Cod. 4, 29, 22, N° 2: „Habes hic authent. Si qua mulier etc. [Nov. 134, 8]." – d'Ors, AHDE 18 (1947), 663, 674 f.; Díaz Bautista, RIDA 30 (1983), 81, 92; Spruit, Huldigingsbundel van Warmelo (1984), S. 194, 200 f. Zu den Authentiken bzw. dem Authenticum allgemein vgl. Hermann Lange, Römisches Recht im Mittelalter, Bd. I: Die Glossatoren (1997), S. 74 ff. bzw. 82 ff.

27 Nov. 134, 8 = Auth. 127, 8, vgl. Gustav Ernst Heimbach (Hrsg.), Authenticum – Novellarum constitutionum Iustiniani versio vulgata, Vol. II (1851), S. 1017 f. Die lateinische Übersetzung des griechischen Originals gilt als zutreffend, so d'Ors, AHDE 18 (1947), 663, 675; Díaz Bautista, RIDA 30 (1983), 81, 94.

28 Die Fassung bei Heimbach (Hrsg.), Authenticum, Vol. II (1851), S. 1018 mit Akkusativ „in propriam … utilitatem "; die Fassung bei Rudolf Schoell/Wilhelm Kroll (Hrsg.), Novellae, 9. Aufl. (1968), S. 683 hingegen mit Ablativ „in propria … utilitate".

29 Ein weiterer prominenter Streit betrifft daneben die Bedeutung und Reichweite der von Justinian in Cod. 4, 29, 23, 2 für die Interzession eingeführten Formvorschrift; vgl. hierzu etwa Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Bd. I (1850), S. 259 ff. m.w.N. – Zum Verzicht im mittelalterlichen Recht generell Edmond Meynial, Des renonciations au Moyen âge et dans notre ancien droit, RHD 24 (1900), 108; RHD 25 (1901), 241; 657; RHD 26 (1902), 49; 649; RHD 28 (1904) 698.

jeweils die Frage, welche rechtstatsächlichen Erkenntnisse die behandelten Quellen liefern.

II. Der Verzicht auf das SC Velleianum im römischen Recht

1. Klassik

Die in Dig. 16, 1 und Cod. 4, 29 überlieferte klassische Kasuistik gibt vor allen Dingen aber auch Aufschluss darüber, in welchen Konstellationen und nach welchen Grundsätzen Ausnahmen von der Anwendung des SC Velleianum gemacht wurden. Insbesondere stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Frau bereits nach klassischem Recht wirksam darauf verzichten konnte, die Rechtsfolgen aus dem SC Velleianum geltend zu machen.[30]

Zahlt sie etwa in Kenntnis der Rechtslage auf ihre einredebehaftete Interzessionsverbindlichkeit, kann sie das Geleistete danach nicht mehr mit der condictio indebiti zurückfordern, was in der Sache einem Verzicht der Frau gleichkommt.[31] Zahlt sie hingegen in Unkenntnis der Rechtslage, kann sie das Geleistete grundsätzlich vom Gläubiger kondizieren, da ihr die Einrede des SC Velleianum in ihrem eigenen Interesse eingeräumt wird (und nicht als Sanktion gegen den Gläubiger).[32] Will die Frau in diesem Fall aber nicht gegen den Gläubiger vorgehen – weil sie diesen vielleicht nicht mehr für zahlungskräftig hält –, so kann sie nach Paulus hierauf verzichten und stattdessen vom Hauptschuldner im Wege des Regresses mit der actio mandati contraria[33] den Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen, sofern sie diesem Sicherheit leistet.[34]

Hat die Frau allerdings noch nicht gezahlt, ist sie aber bereit, sich auf die Klage des Gläubigers einzulassen, damit nicht der Hauptschuldner in Anspruch genommen wird, so hält Pomponius dies für zulässig: Die Frau muss jedoch dem Gläubiger vor dem Prätor (in iure) Sicherheit dafür leisten, dass sie die Einrede aus dem SC Velleianum nicht erheben wird, und sich dann vor dem Richter entsprechend einlassen.[35]

Im Ergebnis kann die Frau somit zwar nicht allgemein auf die ihr zustehende Einrede verzichten, aber zumindest unter engen Voraussetzungen eine ähnliche Wirkung erzielen.[36]

2. Nachklassik

Während das klassische Recht noch keinen anfänglichen Verzicht der Frau auf die Einrede des SC Velleianum kennt, sieht Justinian einen solchen Verzicht unter bestimmten Umständen ausdrücklich vor:[37] Cod. 5, 35, 3 (aus dem Jahre 530) erlaubt der Mutter, beim Tod des Vaters die Vormundschaft (tutela) über ihre (natürlichen)[38] Kinder zu übernehmen, macht dafür aber unter anderem zur Voraussetzung, dass sie zuvor förmlich auf die Rechtsfolgen des SC Velleianum verzichtet.[39] Die gleiche Voraussetzung gilt nach Nov. 94, 2 (aus dem Jahre 539)[40] für die Übernahme der Pflegschaft (cura) durch die Mutter bzw. nach Nov. 118, 5 (aus dem Jahre 543)[41] für die Übernahme der Vormundschaft (tutela) durch die Mutter oder Großmutter.[42]

---

30 Vogt, Studien zum SC Velleianum (1952), S. 69 ff.; Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 45 ff.; Talamanca, Labeo 4 (1958), 99, 106 f.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 92 ff.

31 Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 31 f., 45; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 45, 92 f.

32 Marcian. Dig. 12, 6, 40 pr.: „Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de intercessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur …".

33 Zur actio mandati contraria vgl. Kaser, Privatrecht, Bd. I (1971), § 134 V 3, S. 580; Kaser/Knütel, Privatrecht, 19. Aufl. (2008), § 44 Rn. 10.

34 Paul. Dig. 16, 1, 31: „Si mulier quod ex intercessione solvit nolit repetere, sed mandati agere et cavere velit de indemnitate reo, audienda est." Hierzu Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 46 ff. mit Zweifeln an der Echtheit der Voraussetzung einer Sicherheitsleistung, aber ohne Bedenken hinsichtlich des sonstigen Inhalts dieses Fragments; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 93 ff.

35 Pomp. Dig. 16, 1, 32, 4: „Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam senatus consulti exceptionem opponere potest, cave-re debebit exceptione se non usuram et sic ad iudicem ire." Zur Echtheit Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 48 f.

36 Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 49 f.; Kaser, Privatrecht, Bd. I (1971), § 156, S. 667 Fn. 10; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 97 f.; – a.A. Vogt, Studien (1952), S. 71 f., der hierin kein klassisches, sondern justinianisches Recht sieht.

37 Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 76; Waldstein, Festschrift Muth (1983), S. 559, 563 f.; Díaz Bautista, RIDA 30 (1983), 81, 91 f.; Beaucamp, Le statut de la femme à Byzanze, Vol. I (1990), S. 77 Fn. 142, S. 334 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 155. – Dagegen betrifft Cod. 4, 29, 21 (Anast.) nach h.M. noch den Verzicht der Frau auf ein Pfandrecht, so Vogt, Studien zum SC Velleianum (1952), S. 11 f.; Kreller, Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse 93 (1956), S. 1, 9; Medicus, a.a.O., S. 100; Beaucamp, a.a.O., S. 72 f.; – a.A. wohl Kaser, Privatrecht, Bd. II (1975), § 279, S. 462, der insoweit einen Verzicht auf den Schutz des SC Velleianum annimmt.

38 Hinsichtlich der legitimen Kinder lässt (jedenfalls) schon Cod. 5, 35, 2 pr. (Theod. et Arcad.) aus dem Jahre 390 die Mutter als deren Vormund zu. Die teilweise vertretene Ansicht, dass dies so bereits im klassischen Recht möglich gewesen sei, wird von der h.M. jedoch abgelehnt, vgl. Kaser, Privatrecht, Bd. I (1971), § 85 I, S. 353 Fn. 4; Bd. II (1975), § 232 III 2, S. 227 Fn. 30; Beaucamp, Le statut de la femme à Byzanze, Vol. I (1990), S. 325 ff.; Tiziana J. Chiusi, Zur Vormundschaft der Mutter, ZRG RA 111 (1994), 155, 191 ff. jeweils m.w.N.

39 Cod. 5, 35, 3 pr. (Iust.): „Si pater … naturalibus liberis … tutorem non reliquerit, mater autem voluerit eorum, sive masculi sunt sive feminae, subire tutelam, ad exemplum legitimae subolis liceat ei hoc facere, quatenus actis sub competenti iudice intervenientibus iuramentum antea praestet, quod ad nuptias non perveniat, sed pudicitiam suam intactam conservet et renuntiet senatus consulti Velleiani praesidio omnique alio legitimo auxilio suamque substantiam supponat."

40 Nov. 94, 2 = Auth. 92, 2, vgl. Heimbach (Hrsg.), Authenticum, Vol. II (1851), S. 751, 752: „… Propterea igitur sancimus, aliam quidem observationem, quam in matribus observamus, valere secundum prius schema, et abrenunciare eas et Velleiano senatusconsulto et omni auxilio, et omnia agere, quae prius decreta sunt, iusiurandum vero non praeberi, sed sufficere abrenunciatione sola, et aliorum omnium, et de secundis nuptiis, nullo iureiurando de hoc dando …".

41 Nov. 118, 5 = Auth. 113, 5, vgl. Heimbach (Hrsg.), Authenticum, Vol. II (1851), S. 897: „… Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani senatusconsulti renuntiant."

42 Kaser, Privatrecht, Bd. II (1975), § 232 III 2, S. 227 f; Díaz Bautista,

III. Der Verzicht auf das SC Velleianum in der mittelalterlichen Rezeption

1. Glossatoren

Die Glossatoren orientieren sich bei der Behandlung des SC Velleianum grundsätzlich sehr eng am römischen Recht.[43] Eine wesentliche Fortentwicklung durch die Glossatoren stellt aber vor allem die Möglichkeit eines fakultativen Verzichts dar.[44] Ausgangspunkt ist dabei die Regelung Justinians in Cod. 5, 35, 3, dass Frauen nur dann ausnahmsweise die Vormundschaft (tutela) über ihre Kinder übernehmen können, wenn sie zuvor unter anderem auf die Rechtsfolgen des SC Velleianum zwingend verzichtet haben.[45]

Aus der Erwägung, dass das SC Velleianum eine Regelung zum Vorteil der Frau (suo favore) sei, folgert Azo, dass sie hierauf auch verzichten könne, wie etwa in Dig. 16, 1, 32, 4. Voraussetzung für die Gültigkeit eines solchen Verzichts ist nach Azo aber, dass die Frau dabei von diesem Schutz wusste (sciebat se tutam), sei es durch eine Belehrung des Gläubigers oder auf andere Weise. Hat sie in Unkenntnis hiervon auf das SC Velleianum oder auf jeden gesetzlichen Schutz (omni legali auxilio) verzichtet, wird sie gleichwohl geschützt, da ein allgemeiner Verzicht sich nicht auf das erstreckt, was sie nicht gekannt oder bedacht hat. Der Gläubiger profitiert also nur dann von einem Verzicht der Frau, wenn jeder der beiden wusste, dass das SC Velleianum grundsätzlich greift.[46] Ähnlich äußert sich Accursius, der dabei betont, dass aus dem Verzicht nicht immer auf eine entsprechende Belehrung der Frau geschlossen werden könne und im Zweifel von ihrer Unkenntnis auszugehen sei.[47]

Darüber hinaus thematisieren die Glossatoren die Interzession bzw. den Verzicht einer minderjährigen Frau bei der Diskussion der Authentica Sacramenta puberum. Nach diesem Gesetz von Kaiser Friedrich I. Barbarossa (1155) kann ein Minderjähriger (minor) durch eidliche Bekräftigung wirksam auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (restitutio in integrum) verzichten.[48] Lei-

RIDA 30 (1983), 81, 92; Beaucamp, Le statut de la femme à Byzanze, Vol. I (1990), S. 334 ff., 335.

43 Vgl. hierzu Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Bd. I (1850), S. 258 ff.; Pierre de Tourtoulon, Le Velléien chez les Glossateurs, in: Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard par ses élèves, Tome I (1912), S. 417, 422 ff.; Frank Theisen, Die Bedeutung des SC Velleianum in der Rechtspraxis des Hochmittelalters, ZRG RA 122 (2005), 103, 123 ff.

44 Vgl. etwa die Zusammenfassung der Ausnahmen zum SC Velleianum bei Accursius, Glossa ordinaria, Vol. 10, S. 214, Gl. cessante ad Cod. 4, 29, 25: „cessat ergo Velleianum favore dotis: ut hic et supra e. l. si dotare [Cod. 4, 29, 12]. item libertatis favore: ut supra l. proxi. [Cod. 4, 29, 24]. item si renunciet: ut ff. e. l. fi. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4]. item si accipiat precium pro intercessione: ut supra l. antiquae [Cod. 4, 29, 23]. item si decipiat: ut ff. e. l. si decipiendi [Dig. 16, 1, 30]. item si secundo caveat: ut supra e. l. si mulier [Cod. 4, 29, 22]. unde versus casibus in senis mulier spondendo tenetur. pro libertate, pro dote, renunciet: et si decipiat, precium capiat, caveatque secundo. item septimo si in rem suam: ut ff. e. l. aliquando [Dig. 16, 1, 13] et supra e. l. ii in fi. [Cod. 4, 29, 2]. item si successit ei pro quo intercessit: ut ff. e. l. quamvis § plane si mihi [Dig. 16, 1, 8, 13]. potest addi et nonus: ut si mulier intercessit pro me in decem, solvi ei praedicta decem. si conveniatur ex fideiussione non opponet exceptionem ut ff. e. l. si mulier contra senatusconsultum Velleianum etc. [Dig. 16, 1, 16]." Nahezu identisch bis auf die fehlende neunte Konstellation a.a.O., Vol. 7, S. 486, Gl. ne pro ullo ad Dig. 16, 1, 1 pr.

45 Placentinus, Summa, vorliegend verwendete Ausgabe: Moguntiae (1536), ad Cod. 5, 35; Azo, Summa, vorliegend verwendete Ausgabe: Augustae Taurinorum (1966), S. 198 linke Sp., ad Cod. 5, 35: „Regulariter femina non potest esse tutrix quia hoc officium virile est. … per Codicem tamen impetrare potest a iudice tutelam legitimorum filiorum et naturalium tantum si mater fuerit maior et impuberi non sit tutor testamentarius vel legitimus vel etiam sit, sed excusetur, velut suspectus removeatur. Item oportet mulierem renunciare senatusconsulti Velleiani praesidio omnique alio legitimo auxilio, et suam substantiam filiis supponere, ut e. l. ul. et pe. [Cod. 5, 35, 3 et 2]. Hodie autem praefertur omnibus tutoribus legitimis et dativis sed non testamentariis et permittitur matri et aviae subire tutelam secundum ordinem ut primo mater postea avia admittatur. nec habet necesse iurare quod non convolet ad nuptias secundas sed debet renunciare nuptiis secundis simplici verbo, et auxilio senatusconsulti Velleiani et omni alio auxilio, ut si forte quandoque occasione tutelae pro pupillo se obligaverit, non innetur, alioquin non contraherent homines cum ea, quod impuberi noceret. …" ders., Lectura, ad Cod. 5, 35, 3, N° 1 f.; Accursius, Glossa ordinaria, Vol. 10, S. 303, Gl. Velleiani ad Nov. 118, 5 (zusammen mit Nov. 94, 2) vor Cod. 5, 35, 3: „et omni alio auxilio, ut in auth. ut sine prohibitione matres § quia vero [Nov. 94, 2]. quae renunciatio quo ad matrimonium non valet, ut in praedicto §, sed quo ad Velleianum sic, ut ff. ad Velleianum l. fi. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4]. sed quibus haec prodest renunciatio cum pro nemine fideiubeat, sed pro se, ar. supra ad Velleianum l. si mater in princ. [Cod. 4, 29, 6 pr.]. Respondeo cum creditoribus pupilli promittit, pro pupillo intercedere videtur. …" a.a.O., Gl. auxilio ad Cod. 5, 35, 3: „ut in auth. de nuptiis § si vero mulier coll. iv [Nov. 22, 40] et in auth. ut sine prohibitione matres debitrices et creditrices § quia vero [Nov. 94, 2]. et facit hoc ad generalem renunciationem, ut no. ff. si quis cautionibus l. sed et si § quaesitum [Dig. 2, 11, 4, 4]."

46 Azo, Summa, S. 137 linke Sp., ad Cod. 4, 29: „Cessat hic senatusconsultum cum mulier renunciavit auxilio senatusconsulti, ut ff. e. l. ul. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4]. Est enim suo favore inducta haec exceptio. Et valet haec renuntiatio, cum mulier sciebat se tutam, puta certiorata a contrahente vel aliunde cognovit. Ceterum si nescivit et senatusconsulto Velleiano renunciavit vel omni legali auxilio nihilominus erit tuta, quia generalis renunciatio ad hoc, quod ipsa nescivit vel non cogitavit, non contrahitur, ut ff. de transactionibuis l. cum Aquiliana [Dig. 2, 15, 5]. haec ergo renunciatio ad hoc, quod ipsa nescivit, in eo casu tantummodo creditori proficit, ubi uterque sciebat Velleianum succurrere. alias autem vel non tenet renunciatio, quod est ubi ipsa ignoraverit se tutam senatusconsulto, vel alia ratione succurritur creditori, ..."

47 Accursius, Glossa ordinaria, Vol. 7, S. 493, Gl. non usuram ad Dig. 16, 1, 32, 4: „nota quod potest renunciari huic senatus consulto, ut hic et C. quando mulier tutelae officio fungi potest l. fi. [Cod. 5, 35, 3] et in auth. ut matres debitrices etc. § quia vero coll. v [Nov. 94, 2]. secus in Macedoniano, ut dixi supra ad Macedonianum l. tamen si [Dig. 14, 6, 11]. et hoc accipe si est certiorata de beneficio sibi competenti, alias non, ut supra de transactionibus l. cum Aquiliana [Dig. 2, 15, 5]. sed si renunciat, numquid semper praesumitur certiorata, arg. quod sic institu. de fideiussoribus § fi. [Inst. 3, 20, 8] et de inutilibus stipulationibus § si scriptum [Inst. 3, 19, 17]. sed quid praesumemus in dubio, dicere potest quod cum ignoret leges, quod ei permittitur, ut C. de iuris et facti ignorantia l. fi. [Cod. 1, 18, 13], quod resignatio non valeat, secundum Iabol. sed forte hic secus, cum non sit hoc beneficium restringendum, ut arg. infra de liberis et postumis l. cum quidam [Dig. 28, 2, 19]." a.a.O., Vol. 7, S. 466, Gl. si non opposita ad Dig. 14, 6, 11: „… sed in muliere certum est quod remittit. nam ex suo favore est inducta, ut infra ad Velleianum l. fi. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4] et supra de condictione indebiti l. qui exceptionem [Dig.12, 6, 40]." a.a.O., Vol. 10, S. 211, Gl. non ignorent ad Cod. 4, 29, 1: „… item nota quod ubicumque iuvatur, si renunciaverit, non excipitur: ut ff. eo. l. fi. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4] et ad Macedonianum l. tamen si [Dig. 14, 6, 11] et supra de pactis l. si quis in conscribendo [Cod. 2, 3, 29] et infra quando mulier tutelae officio fungi potest [Cod. 5, 35] auth. matri et aviae [Nov. 118, 5]."

48 Meynial, RHD 25 (1901), 241, 246 ff.; Lucia Sorrenti, L'Autentica 'Sacramenta puberum' nell'esegesi dei dottori bolognesi del Duecento: Guizzardino e Iacopo Baldovini, RIDC 2 (1991), 69 ff.; Jan Hallebeek, Actio ex Iuramento – The legal enforcement of oaths, Ius Commune 17 (1990), 69, 73 ff.; ders., A Commentary of Azo upon Authentica Sacramenta puberum, TRG 60 (1992), 289 ff.; ders., Symon Vicentinus' Quaestiones ad auth. Sacramenta Puberum, RIDC 3 (1992), 93 ff.; ders., The anonymous commentum ad

stet die Minderjährige einen Eid, so ist sie mit Blick auf die Authentica Sacramenta puberum wie eine volljährige Frau zu behandeln, die wirksam auf das SC Velleianum verzichten kann, da es sich dabei um eine Regelung zugunsten der Frau handelt.[49]

Auch von der Praxis wird das SC Velleianum in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts aufgegriffen und sein Schutz regelmäßig durch einen Verzicht der Frau abbedungen,[50] wie Theisen anhand der von ihm untersuchten stadtrömischen Urkunden nachweist.[51] In einem Fall etwa hatte eine Witwe auf die Geltendmachung des SC Velleianum verzichtet, um curatrix ihres Sohnes werden zu können.[52] Ansonsten handelt es sich bei den beurkundeten Geschäften fast durchwegs um die Veräußerung einer Liegenschaft durch den Ehemann mit Zustimmung der Frau, also eigentlich nicht um eine typische Interzession. Ganz überwiegend erklärt die Frau dabei nicht nur den Verzicht auf den Beistand des SC Velleianum (adiutorium senatusconsulti Velleiani), sondern ausdrücklich auch auf jedes Pfandrecht (omne ius ypothecarum seu pignorum), das ihr wegen ihrer güterrechtlichen Ansprüche aus Mitgift (dos) und sog. Eheschenkung (donatio propter nuptias)[53] zusteht. Das häufig formelhafte und pauschale Abbedingen des SC Velleianum – in Fällen, wo es mangels Interzession ohnehin nicht einschlägig gewesen wäre – weckt berechtigte Zweifel, ob seine Tatbestandsvoraussetzungen sowie sein Sinn und Zweck überhaupt hinreichend verstanden wurden.[54] Im Vordergrund scheinen für die Praxis kautelarjuristische Erwägungen gestanden zu haben, auf jeden Fall einen lasten- und einredefreien Erwerb des Vertragspartners sicherzustellen und dabei für jede Eventualität vorzusorgen, also auch für die hier an sich eher fernliegende Geltendmachung des SC Velleianum durch die Frau.[55]

Wie Urkunden aus Salerno zeigen,[56] setzen sich bis Mitte des 13. Jahrhunderts entsprechende Verzichtsklauseln selbst im Geltungsbereich des langobardischen Rechts durch, und dies nicht etwa nur wenn die beteiligte Frau nach römischem Recht lebt (secundum legem et Romanorum consuetudinem qua vivit),[57] sondern auch, wenn für sie langobardisches Recht gilt.[58] Auf der anderen Seite der Alpen hält die Verzichtserklärung ebenfalls Einzug in die notarielle Praxis, von der Provence (1192)[59] über Septimanien (1219)[60] bis hin nach Katalonien (1226)[61] im Westen sowie von Savoyen (1235)[62] über Flandern (1239)[63] und den Hennegau (1276)[64] bis nach Lüttich (1294)[65] im Norden.[66] Bei alledem ist freilich immer zu berücksichtigen, dass der Gebrauch solcher Verzichts-

'Sacramenta puberum' in Ms. Salzburg UB M. III 98, Ius Commune 22 (1995), 35 ff.; Lange, Bd. I: Glossatoren (1997), S. 78 f. m.w.N.

49 Vgl. Guizzardinus, ad Auth. Sacramenta puberum, Super contractibus, N° 26, hrsg. von Sorrenti, RIDC 2 (1991), 69, 95 (Appendice), 112 f. linke Sp.: „Sed quid si mulier minor renunciavit Velleiano et iuravit? Respondeo quod tenet: nam si maior renunciasset, cum sit eius favore inductum, teneret, ut in praedicta l. qui exceptionem [Dig. 12, 6, 40] et ff. ad Velleianum l. ult. § penult. [Dig. 16, 1, 32, 4] et C. quando mulier tutelae officio fungi potest l. ult. [Cod. 5, 35, 3]." Ferner Symon Vicentinus, ad Auth. Sacramenta puberum, Super contractibus, Qu. 38, hrsg. von Hallebeek, RIDC 3 (1992), 93, 109 (Edition), 118: „Item quid si mulier minor pro alio intercessit et iuravit? Respondeo: Non valebit, quia nec etiam maior tenebitur propter velleianum. Set si renunciavit et iuravit, tenetur, quia maior renunciare potest ut ff. ad velleianum l. ult. § penult. [Dig. 16, 1, 32, 4], cum sit sui favore inducta. Sic et minor renuncians et iurans tenebitur. Sy." Sowie Accursius, Glossa ordinaria, Vol. 11, S. 474, Gl. super contractibus ad Lib. Feud. II, 53, § 3: „… Quid si mulier minor renunciaverit Velleiano et iuraverit. respondeo: tenet; nam si maior renunciasset, cum sit eius favore inductum, teneret, ut in praedicta l. qui exceptionem [Dig. 12, 6, 40] et ff. ad Velleianum l. ul. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4] et C. quando mulier officio tutelae fungi l. ul. [Cod. 5, 35, 3]." – Hallebeek, Ius Commune 17 (1990), 69, 77; ders., RIDC 3 (1992), 93, 96, 104.

50 Als ältester überlieferter Verzicht in Italien gilt eine Urkunde vom 11. August 1155, Historiae patriae Monumenta, Vol. 6: Chartarum Tomus II (1853), Nr. 260, Sp. 298: „… abrenuncio iuri ypothecario et senatus consulto velleiani."

51 Theisen, ZRG RA 122 (2005), 103, 113 ff., 135 ff. m.w.N.

52 Theisen, ZRG RA 122 (2005), 103, 114 f., 135 (unter Nr. 3).

53 Zum Begriff Kaser, Privatrecht, Bd. II (1975), § 224, S. 193 ff.; Kaser/Knütel, Privatrecht, 19. Aufl. (2008), § 59 Rn. 29 ff.; Henrike Schlei, Schenkungen unter Ehegatten – Zu ihrer Behandlung nach römischem Recht und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Ausblicken auf das geltende Recht (1993), S. 83 ff.

54 Theisen, ZRG RA 122 (2005), 103, 114 f., 120, 123.

55 Theisen, ZRG RA 122 (2005), 103, 123. Ähnlich Meynial, RHD 24 (1900), 108, 109 zur generellen zeitgenössischen Praxis der Notare, alle erdenklichen Verzichtsklauseln ohne näheres Verständnis ihrer eigentlichen Bedeutung aufzunehmen, um nur ja jeden erdenklichen Einwand gegen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts auszuschließen.

56 Zu entsprechenden Urkunden aus der Lombardei und der Romagna vgl. Theisen, ZRG RA 122 (2005), 103, 115 f., 121 ff. m.w.N.

57 Carlo Carucci, Codice diplomatico salernitano del secolo XIII, Vol. I (1931), Nr. 104 (1240), S. 199, 201: „Suprascripta fecit ipsa Bonabindura secundum legem et Romanorum consuetudinem qua vivit, renunciando omni legum auxilio et specialiter velleiano, certiorata se posse eodem velleiano auxilio adiuvari." Vgl. ferner a.a.O., Nr. 175 (1264), S. 312, 313.

58 Carucci, Codice diplomatico salernitano, Vol. I (1931), Nr. 130 (1250), S. 236, 238 f.: „Preterea Secelgaita, uxor ipsius David, ad aram accedens presencia, cum voluntate et auctoritate ipsius David viri sui, sub cuius mundio esse videbatur, eam venditionem et traditionem ratam et firmam habuit, renuncians etiam super omnibus beneficiis restitucionis in integrum, et omni actioni et legum auxilio, et specialiter legi velleiani, qua certificata est se posse in hoc ipsius legis auxilio adiuvari et confexa se in hac venditione, traditione et obligatione nullam violenciam fore passam." Vgl. ferner a.a.O., Nr. 139 (1252), S. 253, 254; Nr. 153 (1255), S. 276, 277; Nr. 163 (1259), S. 290; Nr. 169 (1262), S. 301, 303. Zum Verhältnis von römischem und langobardischem Recht in Salerno vgl. Francesco Calasso, Introduzione al diritto comune (1951), S. 268 ff., 275 f.

59 Marie-Louise Carlin, La pénétration du droit romain dans les actes de la pratique provençale (XIe-XIIIe Siècle) (1967), S. 128 ff. m.w.N., 145: Arles (1192), Avignon (1192), Nizza (1212) u.a.

60 Jean Hilaire, Le régime des biens entre époux dans la région de Montpellier du début du XIIIe siècle à la fin du XVIe siècle (1957), S. 127 Fn. 4 m.w.N.

61 E. de Hinojosa, La réception du droit romain en Catalogne, in: Mélanges Hermann Fitting, Tome II (1908), S. 391, 400 f. Fn. 28 m.w.N.; Arcadio Larraona/Arturo Tabera, El derecho Justinianeo en España, Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma 17-27 aprile 1933): Bologna, Vol. II/2 (1935), S. 83, 142.

62 Pierre Duparc, La pénétration du droit romain en Savoie (première moitié du XIIIe siècle), RHD 43 (1965), 22, 56, 58 m.w.N.

63 Dirk Heirbaut, Afstand van romeinsrechtelijke excepties in Vlaanderen, in: Studies in honour of Eltjo J.H. Schrage (2010), S. 177, 181 f. m.w.N. – also nicht erst im Jahr 1263, so noch John Gilissen, L'apparition des renonciations aux exceptions de droit romain dans le droit flamand au XIIIme siècle, RIDA 4 (1950), 513, 536 m.w.N.; ders., Le statut de la femme dans l'ancien droit belge, Recueils de la Société Jean Bodin, Vol. 12 (1962), S. 255, 274.

64 Fernand Vercauteren, Note sur l'apparition des renonciations aux exceptions de droit romain dans les principautés belges au XIIe siècle, in: Études historiques à la mémoire de Noël Didier (1960), S. 325, 328 m.w.N.

65 Vercauteren, Études Didier (1960), S. 325, 336 m.w.N.

66 Vgl. ferner die Übersichten bei Vercauteren, Études Didier (1960), S. 325, 340; Carlin, La pénétration du droit romain dans les actes de

klauseln viele Interpretationsmöglichkeiten zulässt, wie etwa Duparc pointiert feststellt:[67]

„Cependant la renonciation est un témoignage ambigu. Contient-elle une reconnaissance implicite de l'usage ou de la supériorité du droit romain? Est-elle plutôt un refus d'admettre le nouveau droit? Le notaire l'introduit-il dans les actes pour faire échec à un recours éventuel à des exceptions tirées du droit romain? ou pour faire preuve simplement de ses connaissances? Manifestation tout extérieure, témoignage peu sûr, ces caractères ont déjà été reconnus aux renonciations. Il n'en reste pas moins qu'elles jalonnent certains progrès dans la connaissance du droit romain, et qu'elles en constituent des positions avancées."

Aus der entsprechenden Verzichtserklärung kann weder die eindeutige Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Geltung das SC Velleianum stillschweigend vorausgesetzt, noch dass sie – umgekehrt – von vornherein abgelehnt wurde. Sicher belegen lässt sich somit letztlich nur, dass sich die notarielle Praxis mit dem SC Velleianum auseinander gesetzt hat.

Diese Mehrdeutigkeit lässt sich auch anhand einer Verzichtsklausel aus Utrecht (1258) schön veranschaulichen, die bei der Übertragung bestimmter Zehnten durch ein Ehepaar verwendet wird:[68]

„[man en vrouw] renunciaverunt … omni iuris auxilio canonici et civilis; [vrouw] renunciavit specialiter et expresse privilegio dotis et omni auxilio et beneficio pro mulieribus introducto".

Einigkeit besteht noch dahin gehend, dass sich die Wendung beneficio pro mulieribus introducto mit großer Wahrscheinlichkeit auch auf das SC Velleianum bezieht.[69] Ob allerdings die zugrunde liegende Übertragung von Zehnten überhaupt eine tatbestandliche Interzession der Frau im eigentlichen Sinn darstellt, erscheint schon wieder zweifelhaft.[70] Folglich wird einerseits ein tatsächlicher Verzicht der Frau auf das SC Velleianum angenommen,[71] während andererseits hierin eher eine Stilübung gesehen wird, für die aber eben auch kautelarjuristische Erwägungen eine Rolle gespielt haben können.[72] Wie Hermesdorf hinsichtlich der in den Urkunden des Stifts Utrecht verwendeten Verzichtsklauseln insgesamt feststellt, werden nicht nur römisch-rechtliche Einreden abbedungen, sondern auch Einreden des kanonischen Rechts und sogar des heimischen Gewohnheitsrechts.[73] Die vor allem im Anschluss an Meynial vertretene These, dass Verzichtsklauseln von der Praxis – mehr oder weniger bewusst – als Abwehrinstrument gegen das Eindringen römisch-rechtlicher Institute (wie insbesondere das SC Velleianum) eingesetzt wurden,[74] vermag daher wenig zu überzeugen, wenn im selben Atemzug selbst das eigene Gewohnheitsrecht (consuetudo) derogiert wird,[75] um einen in jeder Hinsicht einredefreien Erwerb sicherzustellen.[76]

2. Kommentatoren

Die Kommentatoren übernehmen im Wesentlichen die Positionen der Glosse zum Verzicht auf das SC Velleianum.[77] Ausschlaggebend ist dabei für die Kommentatoren ebenfalls, dass es sich um eine Regelung zugunsten der Frau handelt, die es im Übrigen selbst in der Hand hat, ob sie überhaupt die Einrede geltend macht oder nicht.[78]

Wie Albericus de Rosate allerdings berichtet, wird diese Ausnahme von den Ultramontanen, das heißt den Vertretern der französischen Rechtsschule,[79] in Zweifel gezogen, da es zum einen schon keine normierte Rechtsgrundlage für einen einfachen Verzicht gebe. Zum anderen schlage dieselbe fragilitas sexus, die der Interzession zugrunde liegt, auch auf den Verzicht durch.[80]

la pratique provençale (1967), S. 147: Burgund (1249), Paris (1256-64), Toulouse (1268), Normandie (1277) u.a.

67 Duparc, RHD 43 (1965), 22, 53.

68 B.H.D. Hermesdorf, Renuntiaties in het Utrechts Oorkondenboek, TRG 32 (1964), 396, 428, Nr. V (1258).

69 Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 413 f.; Spruit, Huldigingsbundel van Warmelo (1984), S. 194, 202.

70 Spruit, Huldigingsbundel van Warmelo (1984), S. 194, 201 f.: „geen intercessie in eigenlijke zin door de vrouw"; – a.A. Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 414: „In zekere zin is hier een intercedere aanwijsbaar."

71 Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 414: „Feitelijk doet de vrouw afstand van het beneficium van het s. c. Velleianum."

72 Spruit, Huldigingsbundel van Warmelo (1984), S. 194, 202.

73 Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 402 ff. bzw. 418 jeweils m.w.N.

74 Meynial, RHD 24 (1900), 108, 111: „l'arme principale de la résistance". Ferner Spruit, Huldigingsbundel van Warmelo (1984), S. 194, 202: „een werkzame tegenkracht".

75 Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 429, Nr. VI (1259): „renunciantes omni iuri, defensioni, exceptioni, consuetudini"; 429, Nr. X (1269): „renunciamus etiam omni exceptioni, privilegio exemptionis habito vel habendo et omni auxilio iuris canonici et civilis sive observancie regularis sive consuetudini, per que vel aliquod istorum contra premissa venire possemus vel aliquatenus nos tueri"; 432, Nr. XXV (1287): „ac renunciantes expresse omni exceptioni, defensioni vel auxilio iuris canonici vel civilis seu consuetudini, per que vel per quorum aliquid contra premissa possemus in posterum nos tueri". Vgl. ferner die Verzichtsklausel in einer Urkunde aus dem Hennegau (1281) bei Vercauteren, Études Didier (1960), S. 325, 329 m.w.N.: „a toutes exceptions de fraude, de boisdie, a toute aiwe de droit et de court laie, a tout bénéfisce ou indulgense de crois prise ou a prendre, a toute coustume de loi et de pais".

76 Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 419 ff., 423 f.

77 Vgl. etwa auch die unmittelbare Bezugnahme auf die Zusammenfassung der Ausnahmen in der Glosse (s.o., Fn. 44) bei Bartolus de Saxoferrato, Commentaria, vorliegend verwendete Ausgabe: Augustae Taurinorum (1574), ad Cod. 4, 29, 25, N° 1: „Quaerit gl. in quibus casibus cessat Velleianum. Gl. ponit sex. et de his ponit versus. addit gl. duos alios casus." Baldus de Ubaldis, Commentaria, vorliegend verwendete Ausgabe: Venetiis (1577), ad Dig. 16, 1, 1: „… No. hic glo. magnam, quae ponit octo casus, in quibus mulier non iuvatur Velleiano. est et nonus casus, ut no. per gl. C. eo. l. fi. [Cod. 4, 29, 25]."

78 Bartholomaeus Salicetus, Opera Omnia, vorliegend verwendete Ausgabe: Francofurti (1615), Vol. II, ad Cod. 4, 29, 25, N° 3; Vol. V, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 3; Angelus Aretinus, Commentaria, vorliegend verwendete Ausgabe: Venetiis (1574), ad Inst. 4, 13, 5, N° 33; Paulus Castrensis, Commentaria, vorliegend verwendete Ausgabe: Venetiis (1582), ad Cod. 4, 29, N° 1.

79 Zum Gebrauch dieses Begriffs bei Albericus de Rosate vgl. Hermann Lange/Maximiliane Kriechbaum, Römisches Recht im Mittelalter, Bd. II: Die Kommentatoren (2007), S. 6 f., 274 f., 353.

80 Albericus de Rosate, Commentarii, vorliegend verwendete Ausgabe: Venetiis (1585/86) = unveränderter Nachdruck, Opera iuridica rariora, Vol. 21-29 (1974 ff.), ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 6: „Quaerunt ultramontani, an sit verum, quod mulier in contractu possit renunciare velleiano. et dicunt quod non est lex in mundo quae hoc dicat, et tenent quod renunciare non possit velleiano, et succurritur fragilitati mulierum, ut supra e. l. 2 § verba [Dig. 16, 1, 2, 2] ne decipiantur: sed si liceret eis indifferenter renunciare, ita deciperentur de facili renunciatione propter sexus fragilitatem, sicut in contractibus, et sic nulla esset utilitas senatusconsulti."

Ähnlich kritisch gegenüber einem einfachen Verzicht äußern sich auch Vertreter der italienischen Rechtsschule.[81] Schon Butrigarius,[82] Cinus[83] und Albericus de Rosate[84] halten diese Ansicht der Ultramontanen bei buchstabengetreuer Rechtsanwendung eigentlich für die richtige, stellen aber fest, dass die gesamte Praxis der in der Glosse vertretenen Ansicht folgt. Selbst Bartolus[85] und Baldus[86] hegen deutliche Sympathien für den theoretisch richtigen Ansatz, räumen aber ein, dass sich durch die Gewohnheiten in der Praxis (consuetudo) die Zulässigkeit des Verzichts inzwischen einfach durchgesetzt habe.[87]

Voraussetzung für einen wirksamen Verzicht ist, wie schon nach der Glosse,[88] grundsätzlich eine entsprechende Belehrung (certioratio) der Frau über seine Folgen.[89] Dieses Erfordernis findet auch in der konsiliaren Praxis seinen Niederschlag.[90]

Ein Verzicht der Ehefrau auf den Schutz der Authentica Si qua mulier (Nov. 134, 8) ist nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich nicht möglich.[91] Albericus de Rosate[92] und Baldus[93] begründen dabei ihre ablehnende Haltung insbesondere unter Verweis auf Dig. 44, 5, 1, 5 mit der charakteristischen Nähebeziehung zwischen Mann und Frau, da die Regelung in Nov. 134, 8 gerade verhindern soll, dass eine Frau aus Furcht oder Liebe (metu vel amo-

81 Vgl. Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Bd. I (1850), S. 263 ff.; Meynial, RHD 25 (1901), 657, 658 ff.

82 Jacobus Butrigarius, Lectura Codicis, vorliegend verwendete Ausgabe: Parrhisiis (1516), post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8: „Modo quaero an renunciatio facta statim cum contrahit sibi praeiudicet indistincte? quidam quod sic per l. fi. § penulti. ff. e. [Dig. 16, 1, 32, 4]. Et haec est communis opinio: et ita servatur de consuetudine. Alii dicunt et magis aeque, scilicet quod aut statim tempore contractus renunciat, et non tenet renunciatio. Aut ex intervallo, et tunc tenet: et est ratio: quia cum propter fragilitatem iuvetur mulier: ut supra e. l. si sine [Cod. 4, 29, 5] eadem fragilitate qua confert et se obligat: eadem fragilitate renunciaret. Praeterea idem videmus quando se obligat: quia statim sibi non praeiudicat: ut supra e. l. si mulier [Cod. 4, 29, 22]. et probatur per dictam legem fina. § penulti. ff. e. [Dig. 16, 1, 32, 4] quia ibi mulier volebat subire iudicium, et dicitur quod non potest nisi renunciet: ergo non renunciavit tempore contractus: sed iudicii."

83 Cinus de Pistoia, Commentaria, vorliegend verwendete Ausgabe: Francoforti ad Moenum (1578) = unveränderter Nachdruck (1964), ad Cod. 4, 29, 25, Nº 4: „… sed in hoc adverte: quia tunc nostri Doctores dicunt indistincte valere et nocere renunciationem. Iaco. de Rave. et sui sequaces, ut Pet. distinguit: aut renunciat in ipso contractu, et tunc non valet ratio: quia istud beneficium Vell. ratione facilitatis mulierum fuit introductum, et sicut de facili intercedunt, ita de facili renunciarent, et ideo renunciari non potest: quia ex fragilitate sexus videtur incidere in renunciationem: aut mulier renunciat post contractum absolute ex intervallo: et tunc bene valeret, argum. supr. eod. si mulier [Cod. 4, 29, 22]. Ista sententia satis est aequa … quia si bene respicias § illum pe. ff. eod. l. fin. [Dig. 16, 1, 32, 4] tu videbis ibi quod mulier renunciavit ex intervallo, et plus, quia coram iudice."

84 Albericus de Rosate, Commentarii, ad Dig. 16, 1, 32, 4, Nº 6: „forte opinio ultramontanorum stricto iure vera est: tamen totus mundus hodie servat opinionem huius glossae et aliarum quae ubique tenent velleiano posse renunciari, …"

85 Bartolus, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 32, 4, Nº 1: „Not. quod exceptioni Velleiani potest renunciari, ut observat consuetudo, tamen in contrarium est veritas: beneficium enim Velleiani est inductum propter fragilitatem sexus muliebris, l. ii supra eo. [Dig. 16, 1, 2]. Nam eo ipso quod renunciat, decipitur ut l. interdum supra de minoribus [Dig. 4, 4, 19] et quod no. in l. iubemus C. eo. [Cod. 4, 29, 21] ad quod l. doli § diversum infra de novationibus [Dig. 46, 2, 19]. Ita tenent doc. in l. fi. C. eo. [Cod. 4, 29, 25]. Non obstat haec lex, quia speciale est in renunciatione facta in iudicio, hic enim renunciavit in iudicio, et ex post facto."

86 Baldus, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 32, 4: „… Ex hoc § no. quod mulier potest renunciare Velleiano Senatusconsulto, sed Doctores moderni tenent contrarium, dicentes quod mulier non potest renunciare Velleiano Senatusconsulto. ratio est, quia eo ipso quod mulier renunciat Velleiano, decipitur, ut l. doli § diversum infra de novationibus [Dig. 46, 2, 19], supra de minoribus l. interdum [Dig. 4, 4, 19]. facit quod no. in l. si iudex circumvento eo. ti. [Dig. 4, 4, 41]. Ita tenent doctores in l. fi. C. eo. [Cod. 4, 29, 25]. Non obstat iste tex. quia loquitur de renunciatione facta in iudicio. tamen licet hoc sit verum de iure, tamen consuetudo est contrarium, cui est standum. In gl. sua in fi. circa hoc vide quod no. glo. et Doct. in l. sciendum infra de verborum obligationibus [Dig. 45, 1, 30]." Vgl. ferner a.a.O., ad Dig. 16, 1, 32, 2, Nº 2 f.

87 Vgl. ferner Angelus de Ubaldis, Lectura, vorliegend verwendete Ausgabe: Lugduni (1534), ad Cod. 4, 29, 1, Nº 2: „mulier potest renunciare beneficio senatusconsulti. et ista est communis opi. glo. et istud conservat consuetudo. tamen multi moderni tenent oppositum quod de iure renunciare non potest: quia hoc beneficium mulieribus est concessum propter fragilitatem sexus. unde qua fragilitate inducte sunt ad contrahendum: eadem inducuntur ad renunciandum." ad Cod. 4, 29, 25, Nº 1; Bartholomaeus Salicetus, Opera Omnia, Vol. II, ad Cod. 4, 29, 25, Nº 4: „… Et est ratio, quia ex eadem fragilitate qua se obligat ex eadem renunciat"; Vol. V, ad Dig. 16, 1, 32, 4, Nº 3; Angelus Aretinus, Commentaria, ad Inst. 4, 13, 5, Nº 33: „… Et est ratio, quia ex eadem fragilitate, qua se pro alio obligat, eadem fragilitate renuntiat".

88 Siehe oben, Fn. 47.

89 Jacobus Butrigarius, Lectura Codicis, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8; Albericus de Rosate, Commentarii, ad Dig. 16, 1, 32, 4, Nº 6; ad Cod. 4, 29, 23, Nº 1; Bartolus, Commentaria, ad Cod. 4, 29, 25, Nº 5; Baldus, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 32, 2, Nº 2; ad Dig. 16, 1, 32, 4; ad Cod. 4, 29, 1, Nº 9; Angelus de Ubaldis, Lectura, ad Cod. 4, 29, 1, Nº 2; Bartholomaeus Salicetus, Opera Omnia, Vol. II, ad Cod. 4, 29, 25, Nº 4; Vol. V, ad Dig. 16, 1, 32, 4, Nº 4; Angelus Aretinus, Commentaria, ad Inst. 4, 13, 5, Nº 33; Paulus Castrensis, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 32, 4, Nº 8; ad Cod. 4, 29, 25, Nº 5; Alexander Imolensis de Tartagnis, Commentaria, vorliegend verwendete Ausgabe: Lugduni (1551/52), ad Dig. 45, 1, 30, Nº 29; Jason de Mayno, Commentaria, vorliegend verwendete Ausgabe: Augustae Taurinorum (1573), ad Dig. 45, 1, 30, Nº 31. Zu Ausnahmen von diesem Grundsatz sowie Beweisfragen vgl. Alexander Imolensis, a.a.O., Nº 30 ff. – Vgl. ferner Siete Partidas V, 12, 3; dazu Jesús Lalinde Abadía, La recepción española del senado consulto Velleyano, AHDE 41 (1971), 335, 360 f.

90 Vgl. Baldus de Ubaldis, Consilia sive Responsa, vorliegend verwendete Ausgabe: Venetiis (1575) = unveränderter Nachdruck (1970), Vol. I, Cons. 4, Nº 1; Vol. V, Cons. 193, Nº 2; Bartholomaeus Socinus, Consilia, vorliegend verwendete Ausgabe: Lugduni (1545), Vol. II, Cons. 263, Nº 14. Ferner Angelus de Ubaldis, Lectura, ad Cod. 4, 29, 1, Nº 2, in fine: „… et ita practicant notarii."

91 Vgl. Jacobus de Arena, Commentarii, vorliegend verwendete Ausgabe: Lugduni (1541), ante Cod. 4, 29, 23 ad Nov. 134, 8, Nº 2; Jacobus Butrigarius, Lectura Codicis, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8; Cinus de Pistoia, Commentaria, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8; *Albericus de Rosate, Commentarii,* post Cod. 4, 29, 22 *ad Nov. 134, 8*, Nº 4; Baldus, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 2 pr., Nº 2; post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, Nº 10; ad Cod. 4, 29, 23, 2, Nº 2; Bartholomaeus Salicetus, Opera Omnia, Vol. II, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, Nº 5; Angelus Aretinus, Commentaria, ad Inst. 4, 13, 5, Nº 37; Paulus Castrensis, Commentaria, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, Nº 2; Jason de Mayno, Commentaria, ad Dig. 45, 1, 30, Nº 31.

92 Albericus de Rosate, Commentarii, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, Nº 4: „… pro hoc etiam est, quia si mulieres possent renunciare de facili semper renunciarent metu vel amore virorum arg. ff. quarum rerum actio non datur l. i § quae honorandae [Dig. 44, 5, 1, 5]. et ista auth. prodita esset in vacuum."

93 Baldus, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 2 pr., Nº 2: „Et no. quod isto casu, quando intercedit pro viro, non sufficit renunciare Velleiano, quia non habet beneficium Velleiani, sed beneficium nullitatis, cui dicunt quidam renunciari non posse, ut no. per Doc. C. eo. [Cod. 4, 29] auth. si qua mulier [Nov. 134, 8]. facit quod not. in l. i ne fideiussores dotium dentur [Cod. 5, 20, 1]. nam fideiussio ista est nulla propter dolum praesumptum, ut tangit hic gl. vel propter nimiam reverentiam, ergo renunciari non potest, ut no. in l i. § si onerandae infra quarum rerum actio non datur [Dig. 44, 5, 1, 5]."

re) bzw. aus Ehrfurcht (propter nimiam reverentiam) für ihren Ehemann interzediert.[94]

Diese aus dem ius civile abgeleiteten Grundsätze für den Verzicht können durch einen Eid der Frau in wesentlichen Zügen außer Kraft gesetzt werden, da dann Gesichtspunkte des kanonischen Rechts (ius canonicum) bezüglich der besonderen Bedeutung des Eides in den Vordergrund rücken.[95] Ein verbots- bzw. sittenwidriger Eid ist zwar auch nach kanonischem Recht grundsätzlich nicht bindend.[96] Allerdings wird im Anschluss an Dinus differenziert, ob das Verbot wegen der Unsittlichkeit der betreffenden Handlung (propter turpitudinem sui)[97] besteht oder ob es als Vorrecht bzw. zum Vorteil einer bestimmten Person (in privilegium vel favorem personae)[98] dient. Während im ersten Fall ein Eid keinerlei Wirkung entfaltet, ist im zweiten Fall ein Eid der begünstigten Person für diese bindend.[99]

Verzichtet demzufolge die Frau unter Eid auf das SC Velleianum, ist daher eine entsprechende Belehrung (certioratio) entbehrlich.[100] Selbst ein Verzicht auf den Schutz der Authentica Si qua mulier ist, wenn er eidlich erfolgt, nach kanonischem Recht bindend.[101] Nach Albericus de Rosate räumen sogar die Ultramontanen als grundsätzliche Gegner jedweden vertraglichen Verzichts ein, dass ein solcher dann gültig ist, wenn er mit einem Eid verbunden ist.[102] Dieses Ergebnis stützen einige Kommentatoren zudem durch einen Vergleich mit der Rechtslage bei Minderjährigen (minores), wo nach der Authentica Sacramenta puberum (1155)[103] ein Minderjähriger durch eidliche Bekräftigung wirksam auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (restitutio in integrum) verzichten kann.[104]

Prägnant umreißt Angelus Aretinus dieses Zusammenspiel von ius civile, ius canonicum und Gewohnheitsrecht. Vor Gericht ist ein Verzicht demnach ohne Weiteres gültig. Außergerichtlich bestehen ferner drei anerkannte Tatbestände: Zum ersten der für die Übernahme der Vormundschaft vorgeschriebene Verzicht nach Nov. 118, 5, zum zweiten der zeitliche Abstand von zwei Jahren zwischen Interzession und Verzicht sowie zum dritten der eidliche Verzicht. Ein gleichzeitig mit der Interzession erklärter Verzicht ist – obwohl an der Tagesordnung – an sich nach dem ius civile ungültig, da die Frau aus derselben fragilitas heraus verzichtet, deretwegen sie auch interzediert. Allerdings ist ein solcher außergerichtlicher Verzicht nach Gewohnheitrecht anerkannt, vorausgesetzt dass die Frau entsprechend belehrt (und die modifizierte Form nach Cod. 4, 29, 23, 2 eingehalten)[105] wurde.[106] Um völlig sicherzugehen, empfiehlt Angelus de Ubaldis daher, in solchen Fällen insbesondere darauf zu achten, dass die Frau den Verzicht auf das SC Velleianum erklärt und dazu einen Eid schwört.[107]

94 Zur grundlegenden Bedeutung von Dig. 44, 5, 1, 5 für die Entwicklung von metus reverentialis vgl. Stephan Wagner, Metus reverentialis – Von der Rezeption zur Kodifikation, OIR 12 (2008), 85, 89 f., 93 ff. m.w.N.

95 Lib. Extra 2, 24, 9; 2, 24, 28; Lib. Sext. 1, 18, 2; 2, 11, 2. Vgl. Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Bd. I (1850), S. 279 f.

96 Lib. Sext. 5, 12, De regulis iuris, 58: „Non est obligatorium contra bonos mores praestitum iuramentum." Vgl. hierzu Dinus, De regulis iuris, vorliegend verwendete Ausgabe: Lugdunum (1530), ad Lib. Sext. 5, 12, De regulis iuris, 58: „… istud est generale quod iuramentum praestitum contra bonos mores vel contra leges non est obligatorium. … quia quae contra bonos mores sunt, impossibilia reputantur de iure … sed impossibilium nulla est obligatio … ergo nec eorum quae sunt contra bonos mores."

97 Hierzu führt Dinus, De regulis iuris, ad Lib. Sext. 5, 12, De regulis iuris, 58 folgende Beispiele aus dem kanonischen Recht an: „… nec firmat rem, de qua agitur: ut supra de electionibus c. ubi [Lib. Sext. 1, 6, 3] et c. quia saepe contingit [Lib. Sext. 1, 6, 40] et de rebus ecclesiae non alienandis c. ii [Lib. Sext. 3, 9, 2]."

98 Insoweit verweist Dinus, De regulis iuris, ad Lib. Sext. 5, 12, De regulis iuris, 58 auf folgende, aus dem Corpus Iuris Civilis abgeleiteten Verbote: „Sed opponitur et videtur quod iuramentum confirmat ea quae sunt de iure prohibita. ecce de iure prohibitum est rem minoris alienari: ut ff. de rebus eorum l. i [Dig. 27, 9, 1]; et tamen alienatio per iuramentum confirmatur: ut C. si adversus venditorem l. i [Cod. 2, 27 (28), 1] et in auten. sacramenta [Auth. Sacramenta puberum]. Item prohibita est de iure fundi dotalis alienatio: ut C. de rei uxoriae actione l. unica § et cum lex [Cod. 5, 13, 1, 15]; et tamen confirmatur per iuramentum mulieris: ut supra de iureiurando c. ii lib. vi [Lib. Sext. 2, 11, 2]. Item prohibetur valere pactum per quod filia dotata renuntiat futurae successioni paternae: ut C. de pactis l. pactum quod dotali [Cod. 2, 3, 15] et de collationibus l. pactum [Cod. 6, 20, 3], ff. de suis et legitimis heredibus l. ultima [Dig. 38, 16, 16]; et tamen confirmatur per iuramentum: ut supra de pactis c. ii lib. vi [Lib. Sext. 1, 18, 2]."

99 Dinus, De regulis iuris, ad Lib. Sext. 5, 12, De regulis iuris, 58: „Sed dic aut sunt prohibita propter turpitudinem sui: et tunc iuramentum nihil operatur: ut hic et in iuribus supra allegatis ad idem. Aut in privilegium vel favorem personae: et tunc iuramentum illius personae, in cuius favorem inducitur prohibitio, est obligatorium et confirmat rem de qua agitur: ut in autenti. sacramenta [Auth. Sacramenta puberum] et supra de iureiurando c. ii [Lib. Sext. 2, 11, 2] et de pactis c. ii lib. vi [Lib. Sext. 1, 18, 2]."

100 Bartholomaeus Salicetus, Opera Omnia, Vol. V, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 4; Angelus Aretinus, Commentaria, ad Inst. 4, 13, 5, N° 34; Paulus Castrensis, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 8; ad Cod. 4, 29, 25, N° 5; Alexander Imolensis, Commentaria, ad Dig. 45, 1, 30, N° 30; Jason de Mayno, Commentaria, ad Dig. 45, 1, 30, N° 31.

101 Jacobus Butrigarius, Lectura Codicis, fol. 115 v, Renunciatio ad Nov. 134, 8; Albericus de Rosate, Commentarii, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, N° 4; Baldus, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 2 pr., N° 3; post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, N° 10; ad Cod. 4, 29, 23, 2, N° 2; Paulus Castrensis, Commentaria, *post Cod. 4, 29, 22* ad Nov. 134, 8, N° 2, 4.

102 Albericus de Rosate, Commentarii, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 6: „Concedunt etiam ultramontani, quod si mulier renunciet in contractu cum sacramento quod teneat per authen. sacramenta [Auth. Sacramenta puberum] et pro hoc extra de iureiurando c. ex rescripto [Lib. Extra 2, 24, 9] et ibi per Inno. in ult. gl."

103 Zur Authentica Sacramenta puberum, s.o. Fn. 48.

104 Angelus Aretinus, Commentaria, ad Inst. 4, 13, 5, N° 33 f.; Paulus Castrensis, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 8; Alexander Imolensis, Commentaria, ad Dig. 45, 1, 30, N° 30; – kritisch allerdings Bartholomaeus Salicetus, Opera Omnia, Vol. II, ad Cod. 4, 29, 25, N° 4; Vol. V, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 4 f.

105 Siehe oben, Fn. 29.

106 Angelus Aretinus, Commentaria, ad Inst. 4, 13, 5, N° 33: „… Conclude ergo ex his, quod valet renuntiatio Velleiani in iudicio ff. eo. l. fi. § pen. [Dig. 16, 1, 32, 4]. sed extra iudicium dic, quod potest renuntiare tribus modis. Primo, in casu d. auth. matri et aviae [Nov. 118, 5]. Secundo, quando post intercessionem, et ante renuntiationem lapsum erat biennium. arg. d. auth. si qua mulier [Nov. 134, 8]. Tertio, quando iurat, ut in c. ex rescripto de iureiurando [Lib. Extra 2, 24, 9]. Alias vero si tempore, quo intercedit, renuntiat (ut quotidie fit) non valet renuntiatio, quia ea fragilitate, qua intercedit, videtur renuntiare, ut d. l. doli § diversum [Dig. 46, 2, 19]. Et hoc verum de iure, sed de consuetudine observatur, quod valet renuntiatio, etiam extra iudicium, quando fuit certificata, etiam si non fuerit instrumentum subscriptum trino teste, ut requirere videtur tex. in d. l. antiquae § ne autem [Cod. 4, 29, 23, 2]. quia satis est, quod notarius ipse adhibeat testes et describat saltem duo testes. …"

107 Angelus de Ubaldis, Lectura, ad Cod. 4, 29, 23, 2: „Ut ergo evadas istas opiniones, sis semper cautus, qui contrahis cum muliere inter-

IV. Zusammenfassung

In der überlieferten Kasuistik des klassischen römischen Recht erklärt die Frau zwar nicht einen ausdrücklichen Verzicht auf die Einrede des SC Velleianum, sie kann aber eine ähnliche Wirkung erzielen, wenn sie etwa in Kenntnis der Rechtslage ihre Interzessionsverbindlichkeit erfüllt oder wenn sie bereit ist, sich auf die Klage des Gläubigers einzulassen, und bei Gericht eine entsprechende Sicherheit dafür leistet (Dig. 16, 1, 32, 4). Das nachklassische Recht sieht dann in Cod. 5, 35, 3 sogar zwingend einen ausdrücklichen Verzicht der Frau auf das SC Velleianum vor, wenn sie die Vormundschaft für ihre Kinder übernehmen will. Der Umstand, dass diese Voraussetzung auch in Nov. 94, 2 und Nov. 118, 5 wieder aufgegriffen wird, mag ein Indiz für ihre praktische Bedeutung sein.

Die mittelalterliche Rezeption setzt sich anhand dieser überlieferten Quellen mit der Verzichtbarkeit des SC Velleianum auseinander. Für die Glossatoren ist dabei zum einen ausschlaggebend, dass das römische Recht in Cod. 5, 35, 3 einen Verzicht auf das SC Velleianum (sogar zwingend) vorsieht. Zum anderen interpretieren sie das SC Velleianum als eine Regelung zugunsten der Frau (suo favore) und leiten daraus dessen grundsätzliche Disponibilität ab – unter der Voraussetzung einer entsprechenden Belehrung (certioratio) der Frau. Entsprechende Verzichtsklauseln auf das SC Velleianum sind in der notariellen Praxis ab der Mitte des 12. Jahrhunderts belegt. Die von der Forschung bislang ausgewerteten Urkunden zeigen, dass die Einrede des SC Velleianum häufig formelhaft abbedungen wird, obwohl es zweifelhaft erscheint, ob das zugrunde liegende Rechtsgeschäft überhaupt eine tatbestandliche Interzession der Frau darstellt. Für dieses Phänomen dürften in erster Linie kautelarjuristische Erwägungen eine Rolle spielen, einen einredefreien Erwerb sicherzustellen, insbesondere wenn im selben Atemzug auch Einreden des kanonischen Rechts und des heimischen Gewohnheitsrechts abbedungen werden.

Die Kommentatoren erkennen die seit der Glosse etablierte Verzichtbarkeit des SC Velleianum grundsätzlich an. Allerdings wird unter dem Einfluss der Ultramontanen hieran kritisiert, dass es keine Stelle im römischen Recht gebe, mit der sich ein einfacher, außergerichtlicher Verzicht belegen ließe. Vor allem aber schlage dieselbe fragilitas sexus der Frau, die schon der Interzession zugrunde liegt, grundsätzlich auch beim Verzicht durch. Gleichwohl räumen die Kommentatoren ein, dass sich durch Übung (consuetudo) in der Praxis die Zulässigkeit des Verzichts schlicht durchgesetzt hat. Das heißt, das Ergebnis der gelebten Rechtswirklichkeit wird über die theoretisch richtige Interpretation des römischen Rechts gestellt. Ein wirksamer Verzicht auf das SC Velleianum setzt dabei sowohl in der Theorie als auch in der konsiliaren Praxis der Kommentaren eine Belehrung der Frau (certioratio) voraus. Ein Verzicht auf die Authentica Si qua mulier wird hingegen grundsätzlich abgelehnt. Allerdings können diese Grundsätze durch einen Eid der Frau ausgehebelt werden, da diesem nach kanonischem Recht besondere Bedeutung zukommt. Beeidet die Frau den Verzicht so ist eine Belehrung entbehrlich und sogar ein Verzicht auf die Authentica Si qua mulier möglich. Dies mündet schließlich in der kautelarjuristischen Empfehlung, den Verzicht am besten immer auch noch von der Frau beeiden zu lassen.

Insgesamt lässt sich somit für die mittelalterliche Rezeption des SC Velleianum feststellen, dass dessen Disponibiliät sowohl von den Glossatoren als auch von den Kommentatoren nicht nur theoretisch bei der Behandlung von Dig. 16, 1 und Cod. 4, 29 diskutiert wird, sondern auch ganz maßgeblich auf der (notariellen) Praxis fußt und insoweit die Rechtswirklichkeit widerspiegelt.

Es erscheint daher nicht unwahrscheinlich, dass sich der Verzicht auf andere Einreden des römischen Rechts in ähnlicher Weise entwickelt haben mag, das heißt, dass auch dort nicht eine abstrakte Diskussion des Problems bei den entsprechenden Titeln des Corpus Iuris Civilis stattfindet, sondern konkret auf die gelebte Praxis Bezug genommen wird. Die mittelalterliche Rezeption der exceptio SC Velleiani ist jedenfalls mit Blick auf den Verzicht nicht nur ein Phänomen des „law in the books", sondern die erhaltenen Quellen lassen auch bemerkenswerte Rückschlüsse zu auf das „law in action".

cedente, … quod mulier renunciet velleiano et iuret et eris securus."

„Law and …“: Wandlungen des Eherechts im Lichte sich wandelnder Subjektkulturen

Saskia Lettmaier, Harvard

Ein Blick auf eine andere Rechtskultur kann auch in punkto Methodik bereichernd sein. Der folgende Beitrag geht – ermuntert durch die US-amerikanische „law and …“-Bewegung, welche juristische Forschung mit außerjuristischen Disziplinen verknüpft – eine interdisziplinäre Verbindung mit der Kultursoziologie ein. Inhaltlich befasst er sich mit der Frage: Kann der von Kultursoziologen beschriebene historische Wandel herrschender Identitätskonzeptionen (sog. „Subjektkulturen“) den Wandel des Eherechts der letzten hundert Jahre – von „institutionell“ zu „interindividuell“ – sowie die jeweils konträre Haltung des Eherechts zum zeitgleich geltenden Vertragsrecht erklären?

A look at another legal culture can broaden one's methodological horizons. This paper, taking its cue from the interdisciplinary American „law and …“-movement, connects law and cultural sociology. It suggests that culturally dominant constructions of identity (and the changes in them) can help us understand two features of the law of marriage: firstly, its progression, over the past one hundred years, from an institutional to an individualist model; and, secondly, its abiding „exceptionalism“ when set against the law of contract.

Porter un regard sur une autre culture juridique peut aussi être enrichissant au niveau de la méthodologie. Le texte suivant traite de la relation interdisciplinaire entre le juridique et la sociologie de la culture – encouragé par le mouvement américain « law and… » qui associe la recherche juridique à d´autres disciplines non juridiques. La question qui y est posée est de savoir si la transformation historique des conceptions identitaires prédominantes telle que la voit la sociologie de la culture explique que le droit matrimonial au cours de ces cent dernières années passe d´un modèle institutionnel à un modèle interindividuel ainsi que les divergences entre droit matrimonial et droit contractuel sur une même période.

Ein Blick auf eine andere Rechtsordnung und Rechtskultur kann nicht nur in inhaltlicher, sondern auch in methodischer Hinsicht überraschend und potenziell bereichernd sein. Er kann dazu anregen, nicht nur die Ansätze des heimischen Rechtssystems zur Lösung bestimmter Sachprobleme zu hinterfragen, sondern auch in punkto Methodik den „angestammten“ Forschungs- und Interessenhorizont zu verlassen. Hält man sich, wie die Autorin, längere Zeit im US-amerikanischen Forschungsumfeld auf, so kann man sich folgender, miteinander verknüpfter Eindrücke nicht erwehren: Der erstaunlichen Eklektik der Methoden (wie der US-amerikanische Juraprofessor Carl E. Scheider offen bemerkt: „Legal scholarship [in the United States] has lost its method; or, to be more accurate, it is overwhelmed by an embarrassment of methods.“[1]); der Bereitschaft zum (mehr oder minder unbekümmerten) disziplinären „border crossing“; und der Dominanz der “law and …“-Bewegung. Ein kurzer Blick auf den (zugegebenermaßen sehr umfangreichen und auch mit Kursen fraglicher rechtlicher Relevanz – wie z.B. Understanding Obama – bestückten) Vorlesungsplan der Harvard Law School für das akademische Jahr 2012/13 etwa legt, neben den schon als klassisch anzusehenden „law and economics“- und „law and literature“-Kursen, folgendes, hier nur im Auszug wiedergegebene „law and …“-Angebot frei: Law and Philosophy; Law and Psychology: The Emotions; Law and Social Change, Law and Politics; Law, Psychology, and Morality: An Exploration through Film; Law and Religion; Psychiatry and the Law. Das zugrundeliegende System ist klar, und die Liste ließe sich fast beliebig verlängern. Ein Doktorand an der vorgenannten Universität zum Beispiel beschreibt sein Forschungsprojekt als Verbindung aus „law and geography“ und „law and language“. Ja, es bestehen bereits Bestrebungen, den „law and …“-Ansatz zu überwinden[2], – ein sicheres Indiz dafür, wie fest er sich etabliert hat.

Die „law and …“-Bewegung stellt die bislang letzte Etappe in der Entwicklung rechtssoziologisch-interdisziplinärer Forschung in den Vereinigten Staaten dar[3]. Nun sind die Rechtssoziologie und rechtssoziologische Forschungsansätze auch hierzulande keineswegs unbekannt. Bereits Anfang des 20. Jahrhunderts ist von dem von Max Weber gegründeten Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik die Frage einer an den sozialen Problemen orientierten Rechts-, Geschichts- und Wirtschaftswissenschaft diskutiert worden[4]. Und obwohl dieser Wissenschaftszweig, wie die Herausgeber des ersten Bandes eines Jahrbuchs für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1970 bemerkten, seit dem Auslaufen der von Max Weber ausgehenden Impulse in den 1920er Jahren „in Deutschland mehr oder weniger verwaist“[5] war, so ist doch der in den 1960er Jahren in den Geschichtswissenschaften einsetzende Versuch, gesamtgesellschaftliche Ursachen- und Wirkungskomplexe systematisch offenzulegen, auch

---

1 Schneider, „Moral Discourse and the Transformation of American Family Law”, 83 Mich. L. Rev. 1803, 1806.

2 Vorgeschlagen wurde, den „law and …“-Dualismus durch „law as …“ abzulösen, vgl. hierzu Fisk/Gordon, „'Law As …': Theory and Method in Legal History”, 13 UC Irvine L. Rev. 519.

3 Den Ausgangspunkt der Entwicklung bildete die von Roscoe Pound maßgeblich beeinflusste soziologische Jurisprudenz (sociological jurisprudence) im frühen 20. Jahrhundert. Hieran schlossen sich in den 1960er und 1970er Jahren die law-and-society-Bewegung und in den 1980er Jahren das critical-legal-studies movement an.

4 Vgl. den programmatischen einleitenden Beitrag Webers, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1 (1904) 1 ff.

5 Lautmann/Maihofer/Schelsky, „Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft“, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, S. 7.

an der Jurisprudenz nicht spurlos vorübergegangen[6]. Auch die Juristen sahen sich zunehmend mit der Forderung konfrontiert, das Recht nicht mehr „als freischwebende Entität zu betrachten und sich energisch den sozialen und ökonomischen Bedingungen als der Basis jeder Rechtsordnung zuzuwenden"[7]. Heute, wie Bettina Ogorek bemerkt, wird auch in Deutschland kaum mehr ernsthaft in Abrede gestellt, dass Recht sich mit sozialen Phänomenen befasst und dass Rechts- und Gesellschaftswissenschaften voneinander profitieren können[8].

Was also zeigt der Blick gen Staaten Neues? Hier erscheinen mir drei Dinge relevant: Erstens, die dort anzutreffende Ubiquität des „law and …"-Ansatzes. In Deutschland dagegen gelten umfassend soziologisch eingebettete Studien rechtlicher Phänomene, wie etwa Jens Beckerts Unverdientes Vermögen aus dem Jahr 2004, noch eher als eine Seltenheit[9] – und stammen zudem, wie im Fall des Soziologen Beckert, häufig nicht aus juristischer Feder. Zweitens, die „Diversifizierung" der Anleihen. „Law and …" geht über eine klassische Rechtssoziologie weit hinaus: Der Ansatz beschränkt sich weder theoretisch noch methodisch auf die Soziologie, sondern ist – wie die Punkte nach dem „and" – gegenüber allen (methodischen wie inhaltlichen) Verbindungen offen[10]. Drittens, die Unbekümmertheit. US-amerikanische Juristen fühlen sich von den „law ands" angezogen, so scheint es, wie Kinder von einer Farbmalkreidenbox, „because they offer fresh pictures of how the law works and new tools with which to study it"[11]. Während kürzlich, wenn nicht direkt von deutscher, so doch von einer dem deutschen Rechts- und Kulturkreis zugehörigen (nämlich schweizerischer) Seite vor Vorstößen in außerjuristische Territorien und methodischen Anleihen bei anderen Disziplinen gewarnt wurde[12], gefallen sich US-amerikanische Rechtswissenschaftler geradezu darin, Amateurgeschichts- und -politikwissenschaftler, Amateurphilosophen, -soziologen und -anthropologen zu sein[13]. Der Vorstoß in außerjuristische Disziplinen – welcher vielleicht durch die Tatsache erleichtert wird, dass der US-amerikanische Jurist in der Regel eine vorgeschaltete Ausbildung in einem anderen Fachbereich mitbringt[14] – gilt dort als potenziell „especially productive of fertile insights"[15] und des erhöhten Fehlerrisikos wohl wert[16].

Ein interdisziplinärer Ansatz, wie ihn die „law ands" repräsentieren, kann gerade für die Rechtsgeschichte wertvoll sein. Die Rechtsgeschichte ist schon von ihrer Grundkonzeption her „law and …" – eine Bindestrichdisziplin. Wie Michael Stolleis schreibt:

> Die Rechtsgeschichte ist ein Teil der Geschichtswissenschaft. Ihr akademischer Ort sind zwar normalerweise die Juristischen Fakultäten, ihre zentralen Fragen aber solche der Geschichte. […] In einem weiteren Sinn ist die Rechtsgeschichte das Fach, in dem es um den historischen Kontext ganzer Rechtsordnungen und um die kulturelle Einbettung von Rechtsnormen geht. Insoweit ist sie Teil der allgemeinen Kultur- und Geistesgeschichte und muss folglich Kontakt halten mit der Kulturanthropologie, der historischen Alltagsforschung, der Religions- und Politikgeschichte.[17]

Idealerweise liefert die Rechtsgeschichte interpretative Antwortansätze auf die Frage Max Webers, „warum es so und nicht anders geworden ist" (1904). Mehr als Antwortansätze auf diese Frage kann sie dabei realistischerweise nicht bieten: Die kausalen Wechselbeziehungen zwischen Rechts- und soziokultureller Entwicklung (sowie diese Entwicklungsbedingungen selbst) sind radikal unterdeterminiert[18]; die technischen Eigentümlichkeiten einer hochentwickelten juristischen Begriffssprache und die Sachlichkeit moderner Gesetzbücher erschweren das Aufdecken zugrundeliegender Sozialmodelle und Menschenbilder[19]; schließlich wissen wir, spätestens seit Bernd Rüthers Buch Die Unbegrenzte Auslegung (1968), dass identische Gesetzestexte in den unterschiedlichsten Systemzusammenhängen und von Anhängern verschiedenster Weltanschauungen angewandt und für diese nutzbar gemacht werden können.

Auch wenn damit der Kausalitätsnachweis zwischen rechtlichen und bestimmten außerrechtlichen Entwicklungen in unerreichbare Ferne gerückt sein dürfte, so bleibt dennoch der Hinweis auf erstaunliche Parallelitä-

---

6 Zu den Methodendebatten: Senn, „The methodological debates in German-speaking Europe (1960-1990)", in: Musson/Stebbings (Hrsg.), Making Legal History. Approaches and Methodologies, S. 108 ff.

7 Stolleis, Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?, S. 16.

8 Ogorek, „Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990)", in: Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, S. 96 f.

9 So spricht etwa Reinhard Zimmermann in seiner Rezension von Beckerts Buch von der „häufig festzustellenden Vernachlässigung des kulturellen Moments als Erklärungsfaktor für die Rechtsentwicklung", vgl. Zimmermann, NJW 2005, 3336, 3340.

10 Einen ähnlich interdisziplinären Forschungsansatz vertritt hierzulande – seit Herbst 2008 – das neu gegründete und mit einem multidisziplinären Team besetzte Institut für interdisziplinäre Rechtsforschung – Law & Society Institute Berlin (LSI Berlin).

11 Schneider (Fn. 1), S. 1806.

12 Senn (Fn. 6), S. 117 („An interdisciplinary spirit means a dialogue between experts, not a faddish adoption of each other's methods.").

13 Schneider (Fn. 1), S. 1807 ("to be a legal academic is to be an amateur historian, political scientist, philosopher, sociologist, and anthropologist").

14 Bevor man in den Vereinigten Staaten mit dem eigentlichen juristischen Studium beginnt, absolviert man zunächst einen vierjährigen Bachelor-Studiengang, der auf ein Jurastudium inhaltlich vorbereiten kann („Pre-Law"), aber dies nicht tun muss. Viele spätere Juristen absolvieren ein fachfremdes Erststudium. Dieser mehrdisziplinäre Ausbildungsansatz wird mittlerweile häufig durch die Kombination eines juristischen Abschlusses (J.D.) mit einer Dissertation in einem anderen Fachbereich – sog. J.D./Ph.D. – fortgeführt.

15 Glendon, „Why Cross Boundaries?", 53 Wash. & Lee L. Rev. 971, 974 (1996).

16 Professor Glendon etwa schreibt: „if cross-disciplinarians waited to know as much as we feel we ought before writing, we could never put pen to paper." Glendon (Fn. 15), S. 971.

17 Stolleis (Fn. 7), S. 6.

18 Zu simplistisch erscheint daher die Annahme Barks, das Recht sei „Ausdruck der Entwicklung der zugrundeliegenden [ökonomischen und gesellschaftlichen] Formation und in dieser programmiert." Bark, „Die Entstehung des BGB im Spiegel der bürgerlichen Rechtsgeschichte", Kritische Justiz 158, 168 (1973).

19 Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, S. 3.

ten und Entsprechungen möglich. In den folgenden Zeilen soll – durch das US-amerikanische Beispiel ermuntert – ein skizzenhafter Versuch anhand des deutschen Eherechts gewagt werden. Es geht dabei, grob gesprochen, um den Wandel des Eherechts vom traditionell als „institutionelles Ehemodell“ bezeichneten Eherecht des BGB 1900 hin zum häufig unter der Bezeichnung „interindividuelles Ehemodell“ geführten geltenden Eherecht[20]. Genauer gesagt ist das Erkenntnisziel jedoch, diesen Wandel des Eherechts und seine jeweils konträre Haltung zum zeitgleich geltenden Vertragsrecht zu verstehen. Konkret (und inhaltlich vorweggreifend): Warum war der Erschaffer eines formal-liberalen Vertragsrechts – der BGB-Gesetzgeber 1900 – zugleich der Erschaffer eines illiberalen Eherechts? Und warum setzte die Liberalität im Eherecht in den 1970er Jahren und damit just zu dem Zeitpunkt ein, als das Pendel im Vertragsrecht in Richtung „Materialisierung“ schwang? Warum diese „Sonderhaltung“ – die US-amerikanischen Rechtswissenschaftlerinnen Janet Halley und Kerry Rittich haben für dieses auch in den Vereinigten Staaten zu beobachtende Phänomen den Terminus „family law exceptionalism“[21] geprägt – obwohl sowohl bei Schaffung des BGB als auch bei Erlass des 1. Eherechtsreformgesetzes 1976/77 die Verbindung zwischen Vertragsrecht und Ehe – als letztlich auch auf einem Vertrag beruhend – durchaus gesehen wurde? Mein interpretativer Antwortversuch auf diese Fragen wird sich wandelnder Identitätskonzeptionen, sogenannter „Subjektkulturen“[22], und damit eines ideologisch-psychologischen Ansatzes bedienen, so dass sich mein Projekt, um zu US-amerikanischen Begrifflichkeiten zurückzukehren, in die Kategorien „law and psychology“ bzw. „law and psychiatry“ einreihen lässt.

Im Folgenden sollen zunächst das Eherecht des BGB 1900 und das geltende Eherecht skizziert und den jeweils zeitgleich anzutreffenden Vertragsrechtsmodellen gegenübergestellt werden (hierzu 1. und 2.). Ein Aufsatz von wenigen Seiten muss sich dabei unweigerlich auf eine eher holzschnittartige Charakterisierung beschränken. In einem nächsten Schritt soll untersucht werden, ob nicht sowohl der Wandel des Eherechts als auch seine Sonderhaltung gegenüber dem Vertragsrecht durch vorherrschende Subjektkulturen sowie deren Wandlungen erklärt werden können (hierzu 3.).

I. Das Ehe- und Vertragsrechtsmodell des BGB 1900

Während Anton Menger 1890 das Vertragsrecht des 1. Entwurfs des BGB aufs heftigste kritisierte, fiel sein Verdikt zum Eherecht deutlich gnädiger aus. Dieses empfand er als „in einer gerechten und unparteiischen Weise geordnet“[23]. Die gegensätzliche Beurteilung der Vertrags- und der Eherechtsentwürfe (welche durch die endgültige Gesetzesfassung keine grundlegenden Änderungen mehr erfuhren[24]) durch den Juristen und Sozialtheoretiker Anton Menger enthält bereits einen Hinweis darauf, dass dem Vertrags- und dem Eherecht vom BGB-Gesetzgeber 1900 unterschiedliche Gestaltungskriterien zugrunde gelegt wurden. Für das Vertragsrecht waren dies – in den Worten Mengers – das liberale „Prinzip der Vertrags. freiheit“[25] sowie der „formalistische Standpunkt“[26], welcher auf soziale Unterschiede und gesellschaftlichen Kontext keine Rücksicht nimmt; für das Eherecht dagegen gerade „der umgekehrte Grundsatz“: „Die Ehe wird zwar durch einen Vertrag begründet; ist aber dieser einmal geschlossen, so werden die persönlichen Rechte der Ehegatten durch das Gesetz bestimmt“[27]. In seiner Feststellung eines systematischen Bruches zwischen dem zweiten und dem vierten Buch des BGB 1900 ist Menger bei Weitem nicht allein geblieben. So konstatiert beispielsweise auch Franz Wieacker, das BGB 1900 sei nicht „Ausdruck einer einheitlichen sozialen und politischen Tendenz“, sondern „ein Ausgleichsversuch zwischen mehreren Wertsystemen“[28], ein Brückenschlag zwischen formal-liberalen und patriarchalisch-autoritären Zügen.

Im Vertragsrecht herrschen die formal-liberalen Elemente vor. Die Vertragsfreiheit wird als selbstverständlich vorausgesetzt und in der technischen Formel des § 305 BGB 1900 nur angedeutet. Auf eine materiale Vertragsethik wird weitgehend verzichtet, was sich insbesondere aus der Nichtaufnahme des gemeinrechtlichen laesio-enormis-Grundsatzes oder eines materiellen Äquivalenzprinzips aristotelisch-thomistischer Tradition[29] und aus der Verwerfung der clausula rebus sic stantibus ergibt. Soziale Einsprengsel halten sich in der Regel „in den engen Schranken eines ethisch fundierten Liberalismus“, sprich: ihnen fällt die Aufgabe zu, „die Reinheit der moralischen Spielregeln des rechtsgeschäftlichen Verkehrs“[30] zu sichern (insbesondere §§ 134, 138 I, II, 242, 309, 343, 826 BGB 1900). Besondere Schutzvorschriften zu Gunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei finden sich, mit Ausnahme einiger Schutznormen für Arbeitnehmer (§§ 616-619 BGB 1900), bezeichnenderweise nicht im

[20] Vgl. z.B. Dauner-Lieb, AcP 201 (2001) 295, 314; Näheres zu den beiden Ehemodellen bei Hepting, Ehevereinbarungen: Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Eherecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht, S. 15 ff., 30 ff.

[21] Halley/Rittich, „Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism“, 58 Am. J. Comp. Law 753 (2010).

[22] Zum Begriff: Reckwitz, Das hybride Subjekt: Eine Theorie der Subjektkulturen von der bürgerlichen Moderne bis zur Postmoderne, S. 11.

[23] Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen: Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 41. Dagegen kritisierte Menger das übrige Familienrecht durchaus, und das nicht nur deshalb, weil es nicht, was seiner grundlegenden Bedeutung entsprochen hätte, an erster Stelle geregelt wurde (S. 36). Der von ihm im Familienrecht bemängelte, einseitig die besitzende Klasse bevorzugende Standpunkt trete jedoch am wenigsten bei der Ehe hervor (S. 41).

[24] Das in Kraft tretende BGB verstärkte zum Schutz der schwächeren Partei die Grenzen der Vertragsfreiheit zwar ein wenig, hauptsächlich in Sondergesetzen. Der Geist des endgültigen BGB-Vertragsrechts blieb jedoch insgesamt (gemäßigt) liberal, vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, S. 479.

[25] Menger (Fn. 23), S. 143.

[26] Menger (Fn. 23), S. 19.

[27] Menger (Fn. 23), S. 144 f.

[28] Wieacker (Fn. 24), S. 479.

[29] Vgl. hierzu Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, S. 201.

[30] Wieacker (Fn. 24), S. 480 f.

Gesetzbuch selbst, sondern in einem Sondergesetz, dem konsumentenschützenden Abzahlungsgesetz von 1894. Zusammenfassend: Die Vertragspartner stehen sich, nach der Vorstellung des Gesetzes, formal gleich, autark und unverbunden gegenüber. Wer wann mit wem zu welchen Bedingungen ein Vertragsverhältnis eingeht, soll der Einigung der Partner – und damit dem freien Spiel der Kräfte – überlassen bleiben, ebenso wie der Entschluss, die bestehende Beziehung zu ändern oder ganz aufzuheben. Insgesamt wurde der Missbrauch formaler Gleichheit durch den Stärkeren ersichtlich nicht als ein Rechtsproblem angesehen, sondern allenfalls als eine Herausforderung der Moral. Das BGB-Vertragsrecht 1900 bleibt damit weitgehend a-kontextuell-liberal[31].

Die illiberal-autoritären Züge des BGB 1900 treten dagegen in erster Linie „in der patriarchalischen Gestalt des Familienrechts"[32] zutage. Die Ehegatten werden zu einer Einheit verschmolzen, was bereits äußerlich durch den gemeinsamen Ehenamen – stets der Familienname des Ehemannes – symbolisiert wird (§ 1355 BGB 1900). Die durch die Ehe begründeten Rechte und Pflichten werden zwar, von einigen Ausnahmen abgesehen (z.B. §§ 1356, 1360 BGB 1900), nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber normiert – nach der Generalklausel des § 1353 BGB 1900 sind sich die Ehegatten lediglich „zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet". Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass die Ehegatten selbst frei über den Inhalt der zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaft und die aus ihr erwachsenden Verpflichtungen bestimmen könnten. Vielmehr schwebt über der Generalklausel des § 1353 BGB 1900 „das sittliche Wesen der Ehe" als das Grundprinzip, von dem „bei der Auslegung des Gesetzes und der Beurtheilung aller Rechtsverhältnisse der Ehegatten unter einander auszugehen ist"[33]. Auf eine über die Generalklausel hinausgehende Spezifizierung der sich aus dem „sittlichen Wesen der Ehe" im Einzelnen ergebenden Pflichten wurde verzichtet, zum einen, „weil dadurch der sittliche Inhalt der Ehe doch nicht erschöpfend bezeichnet" würde, zum anderen, weil sich die ehelichen Pflichten „aus dem Begriffe der ehelichen Lebensgemeinschaft von selbst ergeben"[34] würden und aus diesem Begriff von den Ehegatten (oder im Streitfall vom Gericht) ohne Weiteres gewonnen werden könnten.

Diese ehelichen Pflichten, dies lässt sich auch durch einen modernen, mit dem sittlichen Wesen der Jahrhundertwendeehe nicht mehr vertrauten Leser den Gesetzesmaterialien entnehmen, sind komplementär, aufeinander bezogen: Haupt der ehelichen Gemeinschaft ist der Ehemann, mit einem (bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs verbindlichen) Letztentscheidungsrecht in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten (§ 1354 BGB 1900). Er dominiert insbesondere das Erwerbs- und Wirtschaftsleben der Familie und stellt das vorrangige Bindeglied zur Außenwelt dar: So verwaltet er das eheliche Vermögen inklusive des eingebrachten Guts der Frau (§§ 1363 ff. BGB 1900)[35]; unterhält seine Frau „nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit" (§ 1360 BGB 1900), unterhält, trägt die Personen- und Vermögenssorge für und vertritt seine Kinder (§§ 1601 ff., 1627, 1630 BGB 1900). Die Frau erscheint demgegenüber auf den häuslichen Wirkungskreis beschränkt[36]. Ihr kommt das „Pflicht-Recht" zu, das gemeinsame Hauswesen zu leiten (§ 1356 BGB 1900). Das Gesetz sieht sie als hauptsächlich für den häuslichen Wirkungskreis mit der Außenwelt agierend (§ 1357 BGB 1900), gegebenenfalls hat sie sich im (dem Hauswesen noch nahestehenden) Geschäft des Mannes nützlich zu machen, soweit eine solche Tätigkeit, nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist (§ 1356 II BGB 1900). Gänzlich vom Hauswesen abgetrennt – im Dienste Dritter oder mit einem selbstständigen Erwerbsgeschäft – finden wir sie nur als quasi verlängerten Arm des Mannes, mit dessen ausdrücklicher oder konkludenter Zustimmung (§§ 1358, 1405 BGB 1900)[37]. Entsprechend zurückgebildet sind ihre vermögensmäßigen Rechte und Pflichten: Ihre Unterhaltspflicht ist nur eingeschränkt (§§ 1360 II, 1606 II 2 BGB 1900), im Hinblick auf die Kinder fällt ihr – neben dem Vater – nur die Personensorge, jedoch nicht die Vermögenssorge oder das Vertretungsrecht zu (§ 1634 BGB 1900). Die vom Gesetzgeber anvisierte Rolle der Frau liegt ersichtlich nicht wie die des Mannes im erwerbswirtschaftlichen, außenorientierten Bereich, sondern im sittlichen Innenleben der Ehe.

Die Frage der Abänderbarkeit dieser sich aus der Ehe ergebenden persönlichen Ehepflichten wurde vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt[38] – im prononcierten Gegensatz zur Abänderbarkeit der güterrechtlichen Folgen der Ehe, der ein spezieller Abschnitt (§§ 1432 ff. BGB 1900) gewidmet ist. Zwar stand der Bandredaktor für das Familienrecht, Gottlieb Planck, vertraglichen Regelun-

[31] Zu dieser Einschätzung kommt auch Raiser, „Vertragsfreiheit heute", JZ 1958, 1 ff.

[32] Wieacker (Fn. 24), S. 480.

[33] Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 4: Familienrecht, S. 58.

[34] Mugdan (Fn. 33), S. 58. Aus diesem allgemeinen Prinzip sollten sich beispielsweise die Pflicht zur gegenseitigen Treue, zu gegenseitigem Beistand, zur häuslichen Gemeinschaft und zur Leistung der ehelichen Pflicht ergeben, vgl. Mugdan (Fn. 33), S. 58.

[35] Das gesetzliche Güterrecht des BGB 1900 ist die Verwaltungsgemeinschaft: Das Vermögen der Frau wird durch die Eheschließung grundsätzlich der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes unterworfen. Die Frau hat dafür eine korrespondierende Unterhaltsberechtigung (insbesondere führt die Verletzung der Unterhaltspflicht durch den Mann zu einer Aufhebung seiner Verwaltung und Nutznießung, vgl. § 1418 Nr. 2 BGB 1900).

[36] Zwar ist die Rechtsfähigkeit der Frau weder infolge der Ehe selbst noch infolge des ehelichen Güterrechts eingeschränkt. Verfügungsgeschäfte über Ehegutsrechte bedürfen jedoch der Einwilligung des Mannes (§ 1396 BGB 1900). Verpflichtungsgeschäfte der Frau sind dagegen grundsätzlich zustimmungsfrei (§ 1399 BGB 1900), es sei denn, sie betreffen in Person zu erbringende Dienste (§ 1358 BGB 1900).

[37] Die Rechte des Mannes im Bezug auf Dienstverträge der Frau mit Dritten wurden bis zur endgültigen Gesetzesfassung zunehmend eingeschränkt. Während der ursprüngliche Entwurf noch eine Einwilligungspflicht des Ehemannes vorgesehen hatte (§ 1277 des 1. Entwurfs), gab der Gesetzestext dem Mann nur noch ein Kündigungsrecht bei entsprechender Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht, deren Erteilung eine Beeinträchtigung der ehelichen Interessen durch die Tätigkeit der Frau voraussetzte (§ 1358 BGB 1900).

[38] Eine Regelung gibt es für die Unterhaltspflicht (nicht im strengen Sinne eine persönliche Ehewirkung) über den Verweis auf § 1614 BGB 1900 durch § 1360 III 2 BGB 1900. Der Unterhaltsanspruch ist damit für die Zukunft unverzichtbar.

gen der persönlichen Ehewirkungen nicht völlig ablehnend gegenüber[39], jedoch billigte er diese nur innerhalb der Grenzen der Vereinbarkeit mit dem Wesen der Ehe. In den Motiven zum 1. Entwurf heißt es: „Es genügen in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze, insbes. der § 106[40] in Verbindung mit der Erwägung, daß die Ehe ein Institut der öff. Ordnung ist. Daraus ergiebt sich von selbst, daß jede Vertragsbestimmung, die nach dem ganzen Sinne und Zwecke des Gesetzes gegen das familienrechtliche Verhältniß der Ehe und damit gegen die öff. Ordnung verstößt, gemäß § 106 nichtig ist“[41]. Hat die Ehe jedoch nach der gesetzgeberischen Vorstellung ein fest umrissenes „sittliches Wesen“ mit hieraus ableitbaren Einzelpflichten, so nimmt es nicht Wunder, wenn diese Pflichten alsbald nach Erlass des BGB weitestgehend zu zwingendem, der Abänderung durch Vereinbarungen der Ehegatten nicht zugänglichem Recht erklärt wurden[42].

Die Nichterfüllung der ehelichen Pflichten war sanktioniert: Zunächst über die Zulässigkeit einer Herstellungsklage, die, auch wenn eine Erzwingung wegen § 888 II ZPO a.F. nicht stattfand[43], dennoch den Effekt hatte, „im Interesse der Förderung der Aufrechterhaltung der Ehen“ die Ehegatten an ihre Pflichten zu gemahnen und moralischen Einfluss auf sie auszuüben[44]; schließlich über die einem unbelehrbaren Ehegatten im Anschluss an das Herstellungsurteil drohende Scheidungsklage aus § 1568 BGB 1900 wegen schwerer ehezerrüttender Pflichtverletzung.

Dies leitet bereits über zu der Frage der Beendigung der Ehe, bei welcher sich das Eherecht 1900 ebenfalls illiberal zeigt. Eine Aufhebung der Ehe aufgrund gegenseitiger Übereinkunft – im Vertragsrecht gang und gäbe – sah das Gesetz nicht vor, erst recht nicht (worin allerdings kein Unterschied zum herkömmlichen Vertragsrecht liegt) eine grundlose Eheaufsage durch den einzelnen Gatten. Die Scheidung setzte grundsätzlich[45] ein gegnerisches Verschulden voraus, dessen ehezerrüttende Schwere teils gesetzlich vermutet wurde (absolute Scheidungsgründe, §§ 1565-1567 BGB 1900), teils von den Umständen des Falls und richterlichem Ermessen abhing (relative Scheidungsgründe, § 1568 BGB 1900). Die Sanktionierung der „Scheidungsschuld“ wirkte in den Scheidungsfolgen fort: Schuld oder Nichtschuld[46] entschieden über die Widerruflichkeit von Schenkungen (§ 1584 BGB 1900), die Unterhaltsberechtigung (§ 1578 BGB 1900), das Recht zur fortgesetzten Führung des Ehenamens (§ 1577 III BGB 1900) sowie die Personensorge[47] für die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder (§ 1635 BGB 1900). Im Falle der Nichtschuld wirkte zudem – trotz formaler Auflösung des Ehebandes – zumindest die ökonomische Einheit der Gatten in Form einer grundsätzlich lebzeitigen standesgemäßen Unterhaltsberechtigung für den unschuldigen Teil fort[48].

Die Vorstellung von der Ehe als einer aus den miteinander verschmolzenen Gatten bestehenden sittlichen Einheit lag auch ihrem (Außen-)Rechtsschutz gegenüber Einmischungen von dritter Seite zugrunde. Dies zeigt sich nicht nur in den – der Abschreckung dienenden und wohl als öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden – Folgen der Strafbarkeit des Ehebruchs (§ 172 StGB a.F.) und der Statuierung eines Ehehindernisses für den wegen Ehebruchs geschiedenen Gatten und den von außen in die eheliche Einheit eindringenden Dritten (§ 1312 BGB 1900)[49]; es zeigt sich auch im privatrechtlichen Bekenntnis zu einem grundsätzlichen deliktsrechtlich-negatorischen Rechtsschutz für die eheliche Lebensgemeinschaft als absolutes Recht[50].

Reduziert man das Ehemodell des BGB 1900 auf seine Kernpunkte, so lässt sich sagen: Die Ehe war eine aus zwei komplementären Gliedern bestehende Einheit, deren Struktur weitestgehend zwingend festlag und deren Integrität vor Auflösung durch die Gatten selbst sowie vor Eingriffen Dritter besonders geschützt wurde.

---

39 Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, FamR I, S. 33, 754 f.; vgl. auch Hofer, „Privatautonomie als Prinzip für Vereinbarungen zwischen Ehegatten“, in: Hofer/Schwab/Henrich (Hrsg.), From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht, S. 5 ff. Hofer nimmt an, dieser wohl eher als Lippenbekenntnis zu wertende „Grundsatz“ der Abänderbarkeit sei Plancks Wunsch geschuldet, das gesamte BGB zumindest vordergründig auf ein einheitliches Prinzip, nämlich das der individuellen Freiheit auf der Grundlage rechtlicher Gleichheit, zu stellen (S. 7).

40 Entspricht dem heutigen § 138 BGB.

41 Mugdan (Fn. 33), S. 170.

42 Zur Autonomiefeindlichkeit der älteren Rechtsprechung, vgl. Hepting (Fn. 20), S. 206 ff. Die Vertragsfreiheit wurde insbesondere dort verneint, wo Vorrechte des Mannes und damit die vom Gesetzgeber aufgestellte reziproke Eheordnung betroffen waren: Grziwotz, „Vertragsobjekt Ehe und Partnerschaft“, DNotZ (Sonderheft) 1998, 228, 245.

43 Ebert/v. Schneider/Fischer/v. Henle, Bürgerliches Gesetzbuch mit erläuternden Anmerkungen, § 1353 Anm. 2.

44 Mugdan (Fn. 33), S. 61.

45 Eine Ausnahme bildete die – im Gesetzgebungsverfahren umstrittene – Scheidung wegen Geisteskrankheit (§ 1569 BGB 1900).

46 Erforderlich war stets die Alleinschuld.

47 Vermögenssorge und Vertretungsrecht blieben dagegen stets beim Vater, vgl. Ebert/v. Schneider/Fischer/v. Henle (Fn. 43), § 1635 Anm. 4.

48 Der Unterhaltsanspruch der unschuldig geschiedenen Frau war im Grundsatz nur abhängig von der Leistungsfähigkeit des Mannes und der fehlenden eigenen Leistungsfähigkeit aus Einkünften aus eigenem Vermögen (eine Pflicht zur Erwerbstätigkeit bestand nur bei Üblichkeit nach den ehelichen Lebensverhältnissen), vgl. §§ 1578 I, 1579 BGB 1900. Der Unterhaltsanspruch des unschuldig geschiedenen Mannes war – wiederum ein Ausdruck der Tatsache, dass die Rolle der Frau nicht primär im ökonomischen Bereich gesehen wurde – enger. Er musste sowohl erwerbsunfähig als auch vermögenslos sein (§ 1578 II BGB 1900).

49 Voraussetzung war zur Erleichterung der Geschäftsführung des Standesbeamten, dass der Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt worden war. Außerdem bestand, wegen der moralischen Gefahren eines absoluten Eheverbots, eine Dispensationsmöglichkeit (§ 1312 II BGB 1900).

50 Z.B. RGZ 72, 128 ff. Vielfach blieb es freilich beim verbalen Bekenntnis. Soweit deliktischer oder negatorischer Rechtsschutz gewährt wurde, geschah dies regelmäßig nicht aufgrund des durch § 823 I BGB absolut geschützten Rechts auf Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern auf anderer dogmatischer Grundlage, insbesondere unter Heranziehung von § 826 BGB, z.B. RG SeuffA 61 Nr. 38; RGZ 152, 397 ff. Zum Ganzen: Lipp, Die eherechtlichen Pflichten und ihre Verletzung – ein Beitrag zur Fortbildung des persönlichen Eherechts, S. 169 ff. Entschädigung für Nachteile aus Verstößen gegen eheliche Pflichten befürwortend etwa auch Beitzke, JW 1952, 211; Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung I, S. 90 sowie die Entscheidungen der OLGe Hamm JZ 1953, 757 und Oldenburg MDR 1953, 170.

II. Das geltende Ehe- und Vertragsrechtsmodell

Als Claus-Wilhelm Canaris 1999 – rund einhundert Jahre nach Inkrafttreten des BGB – anlässlich einer Tagung der Deutschen Zivilrechtslehrervereinigung die seither eingetretenen Wandlungen des Schuldrechtvertragsrechts Revue passieren ließ, meinte er, die Entwicklungstendenz folgendermaßen zusammenfassen zu können: „[W]enn man fragt, in welche Richtung sich das BGB und insbesondere sein Vertragsrecht im Laufe dieses Jahrhunderts entwickelt hat, würden die meisten Juristen wohl antworten: Weg von einer sehr formalen Grundkonzeption und hin zu einem stärker material geprägten Verständnis der Rechtsinstitute und zumal des Vertrages“[51]. Die Problematik tatsächlicher Ungleichheit bei Gewährleistung rein formaler Freiheit und Gleichheit wurde dabei relativ bald nach Inkrafttreten des BGB erkannt und ernst genommen[52]. Zunächst hauptsächlich in Sondergesetzen, später zunehmend durch Integration im BGB[53], zum Teil vorbereitet und begleitet durch eine gleichgesinnte Rechtsprechung, wurden sozial wichtige Lebensbereiche so neu geordnet, dass zwar auf den Vertrag als Gestaltungsmittel nicht verzichtet, tatsächlich oder typischerweise bestehende Ungleichgewichtslagen jedoch berücksichtigt und durch verschiedenartige Instrumentarien (von der Aufstellung von Vermutungen und der Statuierung von Aufklärungspflichten[54], über die Einräumung von „Abkühlphasen“ mittels Widerrufsrechten, bis hin zur erschwerten[55], eingeschränkten[56] oder gänzlich fehlenden Abänderbarkeit[57] des gesetzten Rechts) bekämpft wurden. Ein von Gesetzgebung und Rechtsprechung gleichermaßen betriebener „Materialisierungsschub“ ist dabei insbesondere seit den 1970er Jahren festzustellen[58]. An die Stelle des Purismus eines weitgehend ohne Ansehung der Person oder des Vertragsgegenstands auskommenden Vertragsrechts – eines Regimes, das der US-amerikanische Rechtshistoriker Lawrence M. Friedman im Idealtypus als „pure contract“ bezeichnet hat[59] – ist damit heute eine Landschaft von „Sonderprivatrechten“ getreten: Konglomerate von Regelungen, die nur in Abhängigkeit von Vertragsgegenstand (Wohnungsmiete?) und/oder Vertragsparteien (insbesondere: handelt es sich um ein Geschäft zwischen „Profi“ und „Nicht-Profi“, Unternehmer und Verbraucher?) Anwendung finden. Das geltende Vertragsrecht ist damit kontextbezogen und relational: Die Vertragspartner stehen sich nicht mehr autark und unverbunden, ohne relevanten sozialen Hintergrund gegenüber, sondern ihre Rechte und Pflichten variieren je nach der „Rolle“, die sie in ihrem Verhältnis zueinander einnehmen.

Auch für das geltende Eherecht waren die 1970er Jahre eine entscheidende Marke. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass der Gesetzgeber durch das 1. Eherechtsgesetz 1976/77[60] das Eherecht vom „institutionellen“ Denken des BGB 1900 endgültig befreit und in die „interindividuelle Ehelehre“ übergeleitet hat[61]. Dabei hat sich am Wortlaut der Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) nichts geändert[62]. Weggefallen ist jedoch die unter Geltung der institutionellen Ehelehre herrschende Vorstellung, dass die Generalklausel des § 1353 BGB von einem monolithischen „Wesen der Ehe“, einem allgemeinverbindlichen Ehetyp überlagert wird. Jenseits eines kleinen Kernbereichs, über dessen genauen Umfang und Inhalt Streit besteht[63], ist die heutige Ehe nicht mehr mit verbindlichen

51 Canaris, „Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner ‚Materialisierung‘“, AcP 200 (2000) 273, 276; ähnlich konstatiert Wieacker (Fn. 19), S. 18, die formale Freiheitsethik des BGB sei „in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt“ worden.

52 Grundlegend waren etwa die Arbeit Nipperdeys zu den Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs (Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920) sowie Raisers Habilitationsschrift zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935).

53 So führte etwa die im 1. Weltkrieg einsetzende Wohnungsnot im Wohnungsmietrecht zu Sofortmaßnahmen außerhalb des BGB durch sondergesetzliche Regelungen, die das Recht der Wohnraummiete mehr als ein halbes Jahrhundert überlagerten. 1960 setzte der Übergang von den Sonderregelungen zum sozialen Wohnraummietrecht im BGB selbst ein, vgl. MünchKomm/Häublein, Vorbem. §§ 535 ff. BGB, Rdnrn. 41 ff. Auch das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde zunächst sondergesetzlich (AGBG 1976) geregelt und schließlich durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in das BGB übernommen. Das Gleiche gilt für das Haustürwiderrufs-, Teilzeitwohnrechte-, Fernabsatz- und Verbraucherkreditrecht.

54 Als Beispiele mögen gelten: für Vermutungen § 476 BGB, der jedoch von der Rechtsprechung nur mit eingeschränkter Durchschlagskraft angewendet wird, sowie die von der Rechtsprechung aufgestellten Beweislastumkehrungen im Bereich der Bürgschaftsübernahme durch nahe Angehörige, s. BGH NJW 1999, 2584 stRspr; für Aufklärungspflichten § 491a BGB sowie der Ausbau der culpa in contrahendo durch die Rechtsprechung (z.B. bei gewerblicher Anmietung eines Kfz zum überhöhten Unfallersatztarif, s. BGH NJW 2006, 2618).

55 Insbesondere über prozedurale Anforderungen wie die Einbeziehungskontrolle bei AGB.

56 Z.B. Zulässigkeit nur einer individualvertraglichen, nicht jedoch einer ABG-mäßigen Abänderung bzw. Zulässigkeit nur einer Verkürzung der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche, nicht jedoch deren gänzlicher Ausschluss (vgl. etwa § 475 II BGB).

57 Z.B. § 475 I BGB.

58 Zu nennen sind das 1. und 2. Wohnraumkündigungsgesetz 1971 und 1974, das AGBG 1976, das Fernunterrichtsgesetz 1976, das Reisevertragsgesetz 1979, die Haustürwiderrufs- und Verbraucherkreditrichtlinien der 1980er Jahre und die späteren Fernabsatz-, Time-Share- und Verbrauchsgüterkaufrichtlinien. Die Rechtsprechung ihrerseits setzte Akzente mit den Handelsvertreter- und Bürgschaftsentscheidungen (BVerfGE 81, 242; 89, 214), die die tatsächliche Entscheidungsfreiheit und den Ausgleich von Ungleichgewichtslagen betonten, und durch den Ausbau der culpa in contrahendo als Mittel zur Statuierung von Aufklärungspflichten (z.B. bei gewerblicher Anmietung eines Wagens zum überhöhten Unfallersatztarif, s. BGH NJW 2006, 2618) und einer vorvertraglichen Informationshaftung jenseits von § 123 BGB, vgl. hierzu Canaris (Fn. 51), S. 304 ff. Zum Ganzen vgl. auch HKK/Hofer, vor § 241, Rdnrn. 43 ff.

59 Friedman, Contract Law in America, S. 20.

60 1. EheRG v. 14.6.1976, BGBl. I, 1421.

61 S. nur Grziwotz (Fn. 42), S. 249; Lüke, AcP 178 (1978) 1, 3.

62 Eingefügt wurde das Lebenszeitprinzip in § 1353 S. 1 BGB. Eine Änderung der Rechtslage ergibt sich hieraus nicht.

63 Im Bereich der persönlichen Ehewirkungen etwa nennt BeckOK/Hahn, § 1353 Rdnr. 2 neben dem Lebenszeitprinzip und der grundsätzlichen Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, die Ausschließlichkeit der Gemeinschaft, die Geschlechtsgemeinschaft, die Pflicht, sich zu verständigen, einander beizustehen und auf einander Rücksicht zu nehmen. Weitergehender formuliert Jauernig/Berger/Mansel, § 1353 Rdnr. 3 zu den *personenrechtlichen Pflichten* würden die Pflicht zur gegenseitigen Liebe und Achtung, zur Verständigungsbereitschaft und zum gegenseitigen Respekt vor der Persönlichkeits- und Privatsphäre, sowie die Pflicht zur ehelichen Treue und zum Geschlechtsverkehr gehören. Für MünchKomm/Roth, § 1353 Rdnrn. 4, 7 zählen dagegen nur das Prinzip der Einehe, Geschlechtsverschiedenheit, grundsätzlichen Lebensgemeinschaft und des Eheschlusses auf Lebenszeit zum zwingenden Kernbestand im Ehepersonenrecht. Verbindlich sind

Vorgaben ausgefüllt, sondern geradezu ein „Gefäß ohne Inhalt“[64], dem erst von den Ehegatten selbst – privatautonom – Sinn und Gestalt gegeben werden muss[65]. Leitbild für die Gewinnung von personalen „Ehepflichten“ – auf die Berechtigung dieses Terminus wird sogleich zurückzukommen sein – ist das in § 1356 I BGB (dort bezogen auf die Gestaltung der Haushaltsführung) erwähnte gegenseitige Einvernehmen der Ehegatten, das sich auch aus einer bloß tatsächlichen Übung ergeben kann[66] (und in der Praxis vielfach ergeben wird). Diese autonom gesetzten Rechte und Pflichten[67] verdienen jedoch kaum den Namen „Rechtspflicht“. Fragt man nämlich nach der Bestandskraft des einmal erzielten Einvernehmens, so wird überwiegend für die Möglichkeit einer einseitigen, mehr oder minder grundlosen und jederzeitigen Abkehr votiert[68] – und zwar praktisch ohne rechtliche Sanktion: Eine Herstellungsklage bleibt zwar möglich, ein entsprechender Herstellungsbeschluss ist jedoch nicht vollstreckbar (§ 120 III FamFG). Unmittelbare Sekundärfolgen wie Schadensersatzansprüche werden weithin abgelehnt, und das nicht nur für Absprachen im Intimbereich, beispielsweise über die Geschlechtsgemeinschaft oder die Familienplanung – wo die Möglichkeit der Abkehr von einmal getroffenen Entscheidungen natürlich jederzeit gewährleistet und nicht durch eine drohende Schadensersatzforderung eingeschränkt werden sollte –, sondern größtenteils auch außerhalb dieses höchstpersönlichen Bereichs, etwa bei Regelungen, die die Haushaltsführung oder die Versorgung von Familienangehörigen betreffen[69], soweit es nicht um rein geschäftsmäßige Handlungen, wie die Unterzeichnung einer Steuererklärung[70], geht. Auch eine Vertragsstrafenabrede zur Sanktionsbewehrung der einvernehmlich vereinbarten Pflichten soll konsequenterweise unzulässig sein[71]. Entfallen ist zudem fast jeder mittelbare Druck zum absprache- bzw. ehekonformen Verhalten: Weder der Verstoß gegen die einvernehmlichen Abreden noch derjenige gegen den verbliebenen Kernbestand an gesetzlichen personalen Ehepflichten (auszunehmen sind die – weiterhin erzwingbaren – vermögens- und unterhaltsrechtlichen Verbindlichkeiten) zeitigt Rechtsfolgen, da sich aus ehelichem „Fehlverhalten“ – soweit man an diesem Begriff noch festhalten will – infolge der Aufgabe des Verschuldensprinzips im Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht weder Auswirkungen auf die Scheidungsberechtigung[72] noch bedeutende unterhalts- oder vermögensrechtliche Nachteile[73] ergeben. Die rein personalen[74] Ehepflichten sind daher heute wohl nicht mehr als Rechts-, sondern als rein sittlich-moralische Pflichten anzusehen[75]: Wie Dieter Schwab ausführt, setzt eine Rechtspflicht „zwar nicht […] die Erzwingbarkeit voraus, sie setzt aber voraus, daß der Pflichtverstoß rechtliche Relevanz äußert“[76] – was Eheverfehlungen seit dem 1. Eherechtsgesetz gerade nicht mehr tun.

Genuiner Ausdruck des staatlichen Rückzugs zu Gunsten einer neuen Gattenverantwortung für Inhalt und Beurteilung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist auch das reformierte Scheidungsrecht: Verschulden ist weder scheidungsbegründend noch -verhindernd[77]. Was zählt ist allein die – letztlich von der subjektiven Einstellung der Gatten abhängige – Frage, ob die Ehe endgültig gescheitert ist (§ 1565 I 1 BGB), sprich: ob eine „dieser Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht und ihre Wiederherstellung nicht mehr zu erwarten ist“[78]. Nicht nur die einverständliche Konventionalscheidung ist – vor allem im Gewand eines Spezialfalls der Zerrüttung, der den Richter nach einjähriger Trennungszeit einer eigenständigen Scheiternsprüfung enthebt (§ 1566 II BGB) – damit ausdrücklich anerkannt; legiti-

weiterhin die ausdrücklich zwingenden Vorschriften, wie insbesondere der Familien- und Getrenntlebensunterhalt (§§ 1360 ff. BGB).

64 Grziwotz (Fn. 42), S. 249.

65 Schwab, Stimmen der Zeit 193 (1975) 313, 326.

66 BeckOK/Hahn, § 1356 Rdnr. 4.

67 Der Meinungsstreit über ihre Rechtsnatur erscheint, angesichts ihrer unabhängig von der Einordnung weithin angenommenen Unverbindlichkeit, müßig, s. BeckOK/Hahn, § 1356 Rdnr. 4 (mit Zusammenstellung der bezüglich der Rechtsnatur vertretenen Ansichten).

68 Für einseitige grundlose Lossagung: MünchKomm/Roth, § 1356 Rdnr. 8; Lüke, AcP 178 (1978) 13; aA BeckOK/Hahn § 1356 Rdnr. 6 (für eine einseitige Lossagung nur bei besonderen Gründen). Gute Übersicht zum Meinungsstand bei Hepting (Fn. 20), S. 69 ff., der anmerkt, dass auch bei sachlichen Anforderungen an das ius variandi in der Regel sehr großzügig verfahren wird (insbesondere wird häufig schon die Änderung der inneren Einstellung des Ehegatten als ein ausreichender Änderungsgrund angesehen).

69 Die Rechtsprechung formuliert, die Erfüllung der persönlichen Pflichten, die aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft fließen, sei nur durch die auf freier sittlicher Entscheidung beruhende eheliche Gesinnung zu gewährleisten, womit jeder, auch indirekte, staatliche Zwang, wie z.B. durch Zuerkennung einer Vertragsstrafe oder eines Schadensersatzanspruches ausscheide, s. BGHZ 34, 80; 37, 38; 46, 392. Für die Lehre s. nur Hausmann, „Entwicklungstendenzen im deutschen Familienrecht – Vom Status zur Realbeziehung“, in: Vollkommer (Hrsg.), Die Familie in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, S. 45 ff.; Schwab, DNotZ 2001, 9, 20; aA MünchKomm/Roth, § 1353 Rdnr. 14, der die Kosten einer Haushaltshilfe ersetzen will. Für die Möglichkeit von Schadensersatz wohl auch Hepting (Fn. 20), S. 105 ff. Der BGH hat Ersatz der Kosten einer Haushaltshilfe in einem obiter dictum ausdrücklich abgelehnt, s. BGH NJW 1957, 670, 671.

70 BGH NJW 1977, 378.

71 Jauernig/Berger/Mansell, §1353 Rdnr. 8

72 Verstöße gegen § 1353 BGB sind nach Streichung des § 1568 BGB 1900 und des Übergangs zum schuldunabhängigen Zerrüttungsprinzip im Scheidungsrecht kein Anknüpfungspunkt für die Scheidungsberechtigung mehr. Bedeutung können Eheverfehlungen nur noch bei der richterlichen Prognose entfalten, ob die eine völlige und irreversible Ehezerrüttung eingetreten ist, s. Schwab, „Zur Reform des Scheidungsrechts“, in: Engler/Schwab (Hrsg.), Beiträge zur Familienrechtsreform, S. 18 ff.

73 Scheidungsfolgerechtliche Nachteile können Eheverfehlungen nur noch im Rahmen der §§ 1381, 1578b, 1579 BGB zeitigen.

74 D.h. abgesehen von vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten und unterhaltsrechtlich relevanten Pflichten.

75 Ebenso Schwab (Fn. 72), S. 24 f.; MünchKomm/Wacke, 1. Aufl., § 1353 Rdnr. 5. Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass § 1353 BGB dennoch keineswegs bedeutungslos ist, da die Ehegatten gehalten bleiben, ihre freiwillig übernommenen und nicht erzwingbaren Pflichten zu erfüllen, wenn die Ehe auf Dauer Bestand haben soll, s. BT-Drucks. 7/650, S. 95.

76 Schwab (Fn. 72), S. 24.

77 Sogar der Begriff der unheilbaren Ehezerrüttung (vgl. §§ 43, 44, 48 EheG) wurde vermieden, da dieser nach Auffassung des Gesetzgebers zu sehr mit der Vorstellung einer Zerstörung der Ehe durch die Gatten selbst, anstatt durch einen „schicksalhaften Verlauf, auf den die Ehegatten keinen Einfluss haben“ (BT-Drucks. 7/650, S. 104), verbunden war. Scheidungsverhindernd bzw. -verzögernd wirken nur die (umstrittene) immaterielle Härteklausel des § 1568 BGB sowie eingeschränkt die Sollvorschrift des § 1565 II BGB.

78 BT-Drucks. 7/650, S. 105.

miert ist auch die einseitige, durch den Gegner „unverschuldete" Abkehr eines Gatten, denn gescheitert ist die Ehe bereits dann, wenn ein Ehegatte seine innere Bindung – aus welchem Grund auch immer – verloren hat und „fest entschlossen ist, nicht wieder in die Lebensgemeinschaft mit dem anderen Ehegatten zurückzukehren"[79]. Der eigenmächtige Auszug sowie der Ablauf einer dreijährigen Trennungsfrist befreien den sich abwendenden Gatten zudem – aufgrund der Zerrüttungsvermutung des § 1566 I BGB – von der „unangenehme[n] Last […] die ehelichen Verhältnisse dem Gericht [zur Begründung des Scheidungsbegehrens] bis in Einzelheiten offenzulegen"[80].

Auch das Scheidungsfolgenrecht zeigt sich zunehmend liberal. Nicht nur ist es, wie bereits erwähnt, vom Verschuldensgedanken weitestgehend befreit[81]; es ist auch in einer fortwährenden Schrumpfung begriffen. Verantwortlich hierfür sind zum einen das Gesetz und seine Interpretation durch die Gerichte: An die Stelle eines standesgemäßen, lebzeitigen und (nur) vom Verschulden abhängigen nachehelichen Unterhaltsanspruchs ist infolge des 1. Eherechtsgesetzes ein auf bestimmte Bedarfslagen beschränkter und vom Grundsatz der Eigenverantwortung überlagerter Anspruch getreten, der durch weitere Reformen (Einführung von Befristungs- und Herabsetzungsmöglichkeiten, Ausweitung der Härteklausel durch das Unterhaltsänderungsgesetz 1986[82] sowie stärkere Betonung der Eigenverantwortlichkeit durch das zum 1. Januar 2008 in Kraft getretene Unterhaltsrechtsänderungsgesetz[83]) zunehmend reduziert wurde; die Rechtsprechung trug, unter anderem mit der vom Bundesverfassungsgericht verabschiedeten[84], vom Bundesgerichtshof aber mittlerweile in anderem Gewande, wie mir scheint, reanimierten[85] „Drittelmethode" das Ihre zur Abschwächung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs bei. Geschrumpft ist das Scheidungsfolgenrecht zum zweiten durch vertragliche Abbedingungen, für die nur ein „Kernbereich" unantastbar bleibt[86]. Eheauflösung bedeutet damit heute in der Regel auch die – sofortige oder alsbaldige – Auflösung der ökonomischen Verbindung zwischen den Gatten.

Weggefallen – zusammen mit den festen Strukturprinzipien der Jahrhundertwendeehe – ist schließlich der besondere Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft vor Eingriffen von außen und von innen: Öffentlich-rechtliche Strafandrohung und Eheverbot für Ehebruchspartner wurden ersatzlos gestrichen. Und das Bekenntnis zum deliktsrechtlich-negatorischen Rechtsschutz ist, abgesehen vom weiterhin dem Deliktsrecht unterfallenden sogenannten „räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe", ausschließlich aus dem Familienrecht abgeleiteten (und damit im Ergebnis zunehmend nicht existenten) Sanktionen gewichen[87].

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die moderne Ehe ein höchstpersönlicher, fast vollständig von gesellschaftlichen Standards oder „Rollenzwängen" befreiter Tatbestand ist, der das subjektive Gattenempfinden in den Mittelpunkt stellt.

III. Ehe, Vertrag und das hybride Subjekt

Deutungsvarianten für den zu verzeichnenden Wandel des Eherechts gibt es bereits. Ein populärer Erklärungsansatz ist die Interpretation als (verzögerter, sich aber schließlich auch im Eherecht durchsetzender) Übergang „from status to contract", sprich: von einem askriptiv-statusrechtlichen zu einem vertragsrechtlichen Regime[88] – getreu dem von Sir Henry Sumner Maine 1861 generalisierend beschriebenen „movement of [… all] progressive societies"[89]. Dieses Deutungsmodell kann aber, insbesondere für hiesige Zwecke, aus zwei Gründen nicht recht überzeugen: Zum einen zeichnet sich das geltende Eherecht, wie wir gesehen haben, nicht nur durch die weitgehende Freiheit von verbindlichen Vorgaben aus, sondern – und hierin liegt die mangelnde Überzeu-

79 MünchKomm/Ey, § 1565 Rdnr. 34.

80 BT-Drucks. 7/650, S. 109.

81 Vermögens- und unterhaltsrechtliche Auswirkungen können sich noch über §§ 1381, 1578b, 1579 BGB ergeben.

82 BGBl. I, S. 302 ff.

83 BGBl. I, S. 3189 ff.

84 BVerfG NJW 2011, 836. Das BVerfG bemängelte die Auflösung der Prüfung von Bedarf und Leistungsfähigkeit, weil sich die Fachgerichte so vom gesetzlichen Konzept gelöst und dieses durch ein eigenes System ersetzt hätten, was die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreite.

85 Nacheheliche Unterhaltspflichten für den neuen Ehegatten sind zwar nicht mehr, wie unter Geltung der ursprünglichen Drittelmethode, bei der Bedarfsbemessung zu berücksichtigen. Im Rahmen der Leistungsfähigkeit nach § 1581 BGB ist jedoch der Halbteilungsgrundsatz zu beachten, was zu einem relativen Mangelfall führen kann, wenn dem Unterhaltspflichtigen für den eigenen Unterhalt weniger verbleibt als der Unterhaltsberechtigte mit dem Unterhalt zur Verfügung hat. Verpflichtungen gegenüber anderen Unterhaltsberechtigten, die nicht bereits den Bedarf beeinflusst haben (d.h. insbesondere solche gegenüber dem neuen Ehegatten), sind entsprechend ihrem Rang zu berücksichtigen. Bei Gleichrangigkeit des geschiedenen und des neuen Gatten ist eine Billigkeitsabwägung in Form einer Dreiteilung des gesamten unterhaltsrelevanten Einkommens (wie nach der alten Drittelmethode) weiterhin möglich, s. BGH NJW 2012, 384.

86 Die weitgehende Ehevertragsfreiheit rechtfertigt sich aus der Verabschiedung eines verbindlichen Eheleitbildes durch das 1. EheRG, da das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht noch auf das (vielfach nicht mehr der Realität entsprechende) Leitbild der Hausfrauenehe zugeschnitten ist. Dabei verkündete der BGH zunächst sogar die volle Vertragsfreiheit (s. BGH FamRZ 1990, 372, 373 unter Berufung auf BGH FamRZ 1985, 788; hierzu Grziwotz [Fn. 42], S. 256 ff.) bis das BVerfG klarstellte, dass formale „Vertragsfreiheit der Ehegatten" häufig Fremdbestimmung eines Teils gegenüber dem anderen bedeutet (BVerfG NJW 2001, 957, 958). Zur heute praktizierten 2-stufigen Prüfung, bezogen auf den Abschluss- und den Ausübungszeitpunkt, sowie zur Kernbereichsrechtsprechung generell, s. nur BGH NJW 2004, 930.

87 BGH NJW 1957, 670, 671 („die familienrechtlichen Bestimmungen [regeln] die Folgen einer Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten und der Scheidung einer Ehe abschließend"). Weiterhin deliktsrechtlich geschützt ist der räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe. Hier gewährt die Rspr. vollstreckbare Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sowohl gegen den Ehepartner als auch gegen den Dritten, so dass z.B. die Entfernung des Ehebruchspartners aus der *Ehewohnung verlangt werden kann, s. BeckOK/Hahn, § 1353 Rdnr. 37.* Aus § 826 BGB kann sich zudem ausnahmsweise ein Schadensersatzanspruch ergeben, wenn zur Ehestörung *weitere schädigende Umstände* (z.B. bewusste Täuschung über die Kindesherkunft) hinzutreten (BGH NJW 1990, 706, 708).

88 Für eine Erörterung dieser These, die aber „nicht so einschichtig […] ausfällt], wie manche juristische Literaten mit griffigen Formeln assoziieren", s. Schwab (Fn. 69), S. 10.

89 Maine, Ancient Law (Pollock's ed.), S. 182.

gungskraft des Erklärungsansatzes – zusätzlich und gerade durch die weitgehende Freiheit von (vertraglicher) Bindung überhaupt: Das moderne Eherecht betont, insbesondere mit der Scheidbarkeit der Ehe aufgrund der eheablehnenden Haltung bereits eines Gatten und der einseitigen und weitgehend sanktionslosen Abkehrmöglichkeit vom einmal hergestellten Einvernehmen, nicht so sehr den vertraglichen Konsens der Gatten als vielmehr die Autonomie des einzelnen Ehepartners, welcher, so scheint es, eine (Selbst-)Bindung nicht verträgt – bezeichnenderweise soll zum Beispiel eine vertragliche „Verschärfung“ der (fortwährende Autonomie gewährleistenden) gesetzlichen Scheidungsgründe nicht gestattet sein[90]. Zum anderen erklärt der „Vertrags“-Deutungsansatz nicht, warum im Vertragsrecht parallel zur eherechtlichen Entwicklung nicht nur weiterhin der Gedanke der Bindung hochgehalten wird[91], sondern zunehmend – gleichsam in einer gegenläufigen Bewegung „from contract to status“ – auch verbindliche Vorgaben gemacht werden. Ein zweites, bisweilen anzutreffendes Erklärungsmodell – nämlich die These, die Wandlungen des Eherechts seien der Gleichberechtigung geschuldet[92] – kann ebenfalls nicht überzeugen: Gleichberechtigung erfordert weder die Freiheit von verbindlichen Vorgaben – ausreichend ist bereits, dass etwaige verbindliche Vorgaben nicht (unmittelbar oder mittelbar) geschlechtsspezifisch ausgestaltet sind – noch erfordert es die Freiheit von Bindung.

Einen potenziellen Ansatzpunkt, um der Sache näher zu kommen, bietet die aus der kursorischen Übersicht gewonnene Erkenntnis, dass das moderne Eheverständnis ein Individualität, Autonomie und Persönlichkeit des Einzelnen betonendes ist. Befürworter des geltenden Eherechts (bzw. Verfechter seiner weiteren Liberalisierung) bemühen zur Rechtfertigung gerne das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Lüke zum Beispiel hat die Verfassungsmäßigkeit der Härteklausel (§ 1568 BGB) mit folgenden Worten angezweifelt: „M.E. ist es mit Art. 2 I GG unvereinbar, einen Ehegatten an einer gescheiterten Ehe festzuhalten. […] Auch wird m.E. die Menschenwürde tangiert, wenn trotz Scheiterns der Ehe eine Scheidung nicht erfolgt“[93]. Dieses aktuelle Schlaglicht auf die „Persönlichkeit“ des einzelnen Gatten legt es nahe nachzufragen, ob nicht ein Blick auf die geschichtliche Abfolge von Persönlichkeits- bzw. Identitätskonstruktionen – kurzum: auf die „Transformationsgeschichte moderner Subjektivität“[94] – die festgestellten Entwicklungslinien des Vertrags- und des Eherechts ein Stück weit begreiflicher machen kann.

Für das Bild des Menschen, welches für das BGB 1900 maßgeblich geworden ist, ist auf moderne Darstellungen zurückzugreifen, denn die Psychologie, wie der Pionier der Gedächtnisforschung Hermann Ebbinghaus bemerkte, hat zwar „eine lange Vergangenheit, doch nur eine kurze Geschichte“[95]. Obwohl Michel Foucault sicherlich derjenige ist, dessen Name mit dem Projekt einer kulturwissenschaftlichen Kontingenzperspektive auf die Geschichte moderner Subjektivität am Nachhaltigsten verbunden ist, lege ich meiner Darstellung im Wesentlichen die Habilitationsschrift des Kultursoziologen Andreas Reckwitz zugrunde. In seinem Werk Das hybride Subjekt betreibt Reckwitz eine „kultursoziologische und historisch-soziologische Rekonstruktion“[96] von Subjektkulturen von der bürgerlichen Moderne bis zur Postmoderne und analysiert damit genau die Sequenz sozialkultureller Subjektformen, die nach meiner Hypothese für die beschriebene rechtliche Entwicklung potenziell von Einfluss gewesen ist. Nach Reckwitz arbeitet die moderne Kultur mit einer historischen Kette von Universalisierungen, in denen jeweils eine bestimmte Humanstruktur als die eigentlich natürliche und alternativlose präsentiert und als „Ideal-Ich“ institutionalisiert wird[97]. Seit dem 18. Jahrhundert verzeichnet Reckwitz dabei eine Abfolge von drei Subjektkulturen, von denen die chronologisch erste – die bürgerliche Subjektkultur des 19. Jahrhunderts – und die chronologisch letzte – die seit den 1970er Jahren aufkommende Subjektkultur der Postmoderne – für meine Zwecke zeitlich offensichtlich relevant sind: Bekanntlich war das BGB, obwohl es erst am 1. Januar 1900 in Kraft trat, „das spätgeborene Kind der Pandektenwissenschaft“[98] des 19. Jahrhunderts; die Subjektkultur der Postmoderne fällt mit dem 1. Eherechtsgesetz 1976/77 zusammen.

Interessanterweise stellt Reckwitz fest, dass die Subjektkulturen nicht eindeutig und homogen aufgebaut sind, sondern sich durch ihre innere Hybridität auszeichnen: „[A]lle Subjektkulturen [folgen] statt einer kulturellen Logik der Einheit einer kulturellen Logik der Hybridität“ und sind damit „allesamt latent widersprüchliche Gebilde“[99]. Im Anschluss an inter alia Durkheim und Simmel betont Reckwitz, dass sich soziale Felder – insbe-

[90] Hierzu Schwab (Fn. 69), S. 22 f. Dagegen besteht z.B. in einigen US-amerikanischen Staaten (Louisiana, Arizona, Arkansas) die Möglichkeit einer sog. covenant marriage, vgl. Abrams/Cahn/Ross/Meyer, Contemporary Family Law, 2006, S. 947 f. Freilich kann auch dort, aufgrund der kollisionsrechtlichen Anwendbarkeit des Rechts des Wohnsitzstaates auch nur eines Ehegatten auf die Frage der Scheidbarkeit der Ehe (Williams v. North Carolina, 317 U.S. 287 [1942]), das vertraglich vereinbarte strikte Scheidungsrecht wohl durch den Umzug in einen Bundesstaat, der keine covenant marriage vorsieht, ausgehebelt werden, vgl. hierzu Hay, „The American ‚Covenant Marriage‘ in the Conflict of Laws“, 64 La. L. Rev. 43 (2004).

[91] Eine interessante moderne Einschränkung der vertraglichen Bindungswirkung stellen allerdings die verbraucherschützenden Widerrufsrechte dar.

[92] So meint etwa Hofer, die vom Grundgesetz geforderte Gleichberechtigung sei durch Gewährung von Vertragsfreiheit umgesetzt worden, wobei die alte BGB-Konzeption von prinzipieller Freiheit als gleicher Freiheit aufgegriffen wurde. Hintergrund für diesen formalen Vertragsfreiheitsbegriff sei der Gleichgewichtsgedanke: Hofer (Fn. 39), S. 11.

[93] Lüke, „Die persönlichen Ehewirkungen und die Scheidungsgründe nach dem neuen Ehe- und Familienrecht“, in: Festschrift Bosch, S. 642 f. Die Verfassung bemühen auch Pawlowski, Das Studium der Rechtswissenschaft, S. 326; ähnlich Wolf, NJW 1968, 1497, 1498.

[94] Reckwitz (Fn. 22), S. 13.

[95] Ebbinghaus, „Psychologie“, in: Systematische Philosophie, Berlin/Leipzig 1907, S. 173. Der Beginn der Psychologie als akademische Disziplin ist wohl auf die Gründung des ersten Labors zur Erforschung psychologischer Phänomene 1879 durch Wilhelm Wundt an der Universität Leipzig zu datieren.

[96] Reckwitz (Fn. 22), S. 22.

[97] Reckwitz (Fn. 22), S. 26.

[98] Wieacker (Fn. 19), S. 9.

[99] Reckwitz (Fn. 22), S. 19 (Hervorhebung im Original).

sondere das Feld der Arbeit, einerseits, und das Feld persönlicher und intimer Beziehungen, andererseits[100] – als Orte darstellen, an denen sich spezifische (und durchaus voneinander abweichende) Subjektpositionen ausbilden – „die Dispositionen und Subjektcodes eines ökonomischen Subjekts der Arbeit […] eines Intimitätssubjekts persönlicher Beziehungen […] etc."[101].

Das bürgerliche Subjekt des 19. Jahrhunderts ist primär ökonomisches Subjekt. In Abwendung zum frühneuzeitlichen, aristokratisch geprägten Gesellschaftsideal, nach welchem Arbeit die Identitätsentfaltung verhinderte, betreibt das bürgerliche Subjekt in den Praktiken der Arbeit und des Berufs eine „souveräne Selbstregierung" und produziert gerade hier „seine Autonomie und Selbsterhaltung"[102]: Arbeit und Beruf, kurz: das Ökonomische, werden im Wege einer „kulturellen Umstülpung" im bürgerlichen Subjektcode statt als Zeichen feudaler Abhängigkeit „genau umgekehrt als Merkmal eines Subjekts interpretiert, das seine Unabhängigkeit sichert"[103]. Nicht die Subjekt-Objekt-Relation traditionellen körperlichen Arbeitens, sondern die Subjekt-Subjekt-Relation souveräner Akteure bildet das Paradigma der bürgerlichen Ökonomie, die daher „als eine im Prinzip gleichgewichtige, balancierte Ordnung"[104] erscheint. Der sich herausbildende Begriff des bürgerlichen ökonomischen Subjekts besitzt seine Identität und wesentlichen humanen Eigenschaften getrennt von und vor seiner Mitgliedschaft in irgendwelchen besonderen sozialen oder politischen Ordnungen[105]. Mit anderen Worten: Das bürgerliche Arbeitssubjekt ist bereits in sich vollständig, autark und souverän; und es ist – ebenso wie das es rechtlich regelnde Vertragsrecht – aus jeglicher Einbettung herausgelöst, radikal a-kontextuell.

Die Modernisierungsprozesse des 19. Jahrhunderts, die zur Herausbildung konzeptionell souverän-autarker ökonomischer Subjekte auf einer von Kontext und Moralität weitgehend befreiten Wirtschaftsbühne führen, bringen auch ein hohes Maß an Verunsicherung mit sich. Im Laufe des 19. Jahrhunderts findet daher eine Bifurkation zwischen dem Feld der Wirtschaft und dem der Privatsphäre statt, wobei das letztere als Kompensation für das erstere präsentiert wird: „Die Entmoralisierung und Ökonomisierung der Praktiken der Arbeit steht im Gegensatz zu einer Romantisierung und Verhäuslichung der Intimbeziehungen"[106]. Wie Reckwitz ausführt, basiert die spätbürgerliche Kultur im Intimbereich „auf einer antagonistischen >funktionalen Differenzierung< von Subjektformen (und sie ist die einzige der Subjektordnungen in der Geschichte der Kultur der Moderne, die tatsächlich die Subjektpositionen ihrer sozialen Felder in dieser Weise in Gegensatz zueinander bringt), die sich zugleich als geschlechtliche Differenzierung abbildet und damit die differenten Subjekteigenschaften auf zwei vorgeblich natürlich voneinander geschiedene Menschentypen verteilt"[107]. Die Einzelpersonen – Mann und Frau – werden als prinzipiell verschiedenartig[108], komplementär und damit als jeweils für sich defizitär konzipiert[109]: „Erst die Ergänzung der in der Frau zur Vollkommenheit entwickelten Weiblichkeit mit der im Mann zur Vollkommenheit entwickelten Männlichkeit soll die Annäherung an das Ideal der Menschheit ermöglichen"[110]. Das Intimsubjekt ist damit ein bedürftiges Individuum, das in eine familiäre Gemeinschaft einzubetten ist. Es ist auf eine Selbstdefinition und Selbstfindung innerhalb einer heterosexuellen Matrix verpflichtet[111]. Das bürgerliche Identitätsverständnis im Bereich der persönlichen Beziehungen erweist sich daher – im Gegensatz zum a-kontextuellen ökonomischen Subjekt – als relational: Erst die Ergänzung durch ein anderes, verschiedengeschlechtliches Intimsubjekt – die Annahme der Subjektposition als Ehemann/Ehefrau und das Ausagieren der hierfür vorgesehenen reziproken Rollen – befähigt den Einzelnen, als Intimsubjekt betrachtet, „zur vollwertigen Subjekthaftigkeit"[112].

Ein formal-liberales Vertragsrecht „passt" unbestreitbar zu einem Bild autonomer Souveräne auf der wirtschaftlichen Bühne. Ebenso lässt sich eine gewisse Entsprechung zwischen einem Eherechtssystem, das, wie das Ehemodell des BGB 1900, reziproke Geschlechterrollen kodifiziert, sanktional absichert und die eheliche Gemeinschaft selbst vor Auflösung schützt, und dem Bild eines für seine volle Subjekthaftigkeit auf die familiäre Einbettung angewiesenen, bedürftigen Individuums nicht gänzlich ableugnen. Eine gewisse „Bestätigung" erfährt die hypothesierte Verbindung zwischen Rechtsstandpunkt und Subjektkultur zudem durch Friedrich Carl von Savigny, dessen Systematisierung des römischen Rechts – vermittelt insbesondere durch Bernhard Windscheids Pandektenlehrbuch – für das BGB 1900 von maßgeblichem Einfluss gewesen ist[113]. In seinem Hauptwerk System des heutigen römischen Rechts (1840-49) scheidet von Savigny das Vermögens- (insbesondere das Obligationen-) Recht vom Familienrecht – mit der Konsequenz unterschiedlicher Gestaltungsprinzipien für die beiden Rechtsbereiche – unter anderem mit folgender, auf die präsumierte Beschaffenheit des Menschen Bezug nehmender Begründung:

In […] den familienrechtlichen Rechtsverhältnissen] erscheint uns der Einzelne nicht, so wie in den Obligationen, als ein selbstständiges Ganze, sondern als ein un-

[100] Als drittes, hier aber nicht weiter interessierendes Feld erwähnt Reckwitz die Technologien des Selbst.

[101] Reckwitz (Fn. 22), S. 52.

[102] Reckwitz (Fn. 22), S. 111, 114.

[103] Reckwitz (Fn. 22), S. 114.

[104] Reckwitz (Fn. 22), S. 115.

[105] Keup/Hohl (Hrsg.), Subjektdiskurse im gesellschaftlichen Wandel: Zur Theorie des Subjekts in der Spätmoderne, S. 13.

[106] Reckwitz (Fn. 22), S. 107.

[107] Reckwitz (Fn. 22), S. 107 f.

[108] Als immer wiederkehrende Merkmale werden beim Mann hauptsächlich Aktivität und Rationalität, bei der Frau Passivität und Emotionalität hervorgehoben, s. Hausen, „Die Polarisierung der ‚Geschlechtscharaktere': Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben", in: Conze (Hrsg.), Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, S. 367.

[109] Reckwitz (Fn. 22), S. 258.

[110] Hausen (Fn. 108), S. 373.

[111] Reckwitz (Fn. 22), S. 258.

[112] Reckwitz (Fn. 22), S. 146.

[113] Für eine gedrängte Darstellung der Kontinuität zwischen historischer Rechtsschule und BGB 1900, s. Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 11.

Rechtskultur ist eine Zeitschrift mit europäischem Charakter.
Rechtskultur is a journal with a definite European character.
Rechtskultur est une revue à caractère européen.

Rechtskultur ist strikt themenbezogen.
Rechtskultur is strictly by theme.
Rechtskultur est une revue thématisée de manière stricte.

Rechtskultur ist transdisziplinär ausgerichtet.
Rechtskultur is a transdisciplinary endeavour.
Rechtskultur est une revue axée sur une approche interdisciplinaire.

ISBN: 978-3-86646-417-9
9 783866 464179